CRAMERIANA POSTHUMA

Oder

Auserlesene Sammlung in kurzen Auszügen

derer

ältern Reichs-Kammergerichtlichen Erkenntnisse, Consultationen, Consilien, Deductionen, Compromissen 2c.

und besonderen Rechtsentscheidungen der berühmtesten teutschen Gerichtshöfen, Universitäten und Rechtsgelehrten aus allen Theilen der Rechtsgelahrheit.

Verfasset

von einer Gesellschaft praktischer Rechtsgelehrten.

Zweyter Theil.

Augsburg 1786.
bey Conrad Heinrich Stage.

Inhalt.

I.

Ex Jure feudali.

Von der *Præstatione Evictionis*, oder Gewährsleistung in einem Lehengüter-Tausch. S. 1.

Aus Gabriel Schweders Consil. & Responſ. Conſ. 53. p. 418-430.

II.

Ex Jure Canonico Cathol. & Protestantium.

Von der Nichtigkeit des Patronatrechts in Substitutions-Fällen. S. 22.

Aus des Herrn von Lynker Responſ. nov. Vol. alt. Conſ. 78. p. 289-292.

III.

Ex Jure civili.

Von der Wirkung einer Klage *in puncto fractæ pacis publicæ*, wegen unternommener Gegenpfändung. S. 48.

Aus *Meichsneri* Deciſ. in Cam. Imp. Judicat. Tom. I. lib. I. dec. I. p. 1-17.

IV.

IV.

Von der den Erben obliegenden Verbindlichkeit, die Interesse *moræ* zu bezahlen. S. 62.

Aus *Meichsneri* Decis. in Cam. Imp. judicat. Tom. I. lib I. dec. II. p. 18-20.

V.

Von der heutigen unfüglichen Anwendung der ehemaligen Lehre des *meri & mixti imperii.* S. 76.

Aus *Meichsneri* Decis. in Cam. Imp. judicat. Tom. I. lib. I.

VI.

Ob bey einer fünf Monat alten Leibesfrucht der Fall eines Kindermordes eintretten könne? S. 99.

Aus *Harpprechti* Consult. crim. & civil. Vot. nov. P. II. Cons. 45. p. 987-1001.

I. Von

I.

Von der Præstatione evictionis oder Gewährleistung in einem Lehengüter-Tausch.

Aus Gabriel Schweders Consiliis & Responsis. Cons. 53. p. 418 - 430.

Summaria.

1) *Ratio formalis evictionis præstandæ exigit,* a) *ut res sit actualiter evicta,* b) *ex causa antecedente,* c) *per victoriam judicialem,* d) *jure petitionis.*

2) *Hinc cessat præstatio, si possessor cum domino vero transegerit,*

3) *Si ipsi res per vim majorem ablata, aut*

4) *Si authori lis non denunciata, ac præscriptionis exceptio, qua se tueri potuisset possessor, opponere ommissa sit: in casu, quo culpa evicti intervenit, evictionis præstatio non attenditur.*

5) *Juri communi & naturæ contractuum contrarium est, ut, postquam ab utraque parte impleti multos per annos steterunt, pœnitentia unius, altero invito, revocari possint.*

6) *Mutata per totum causa acquisitionis præsertim in feudo, etiam evictionis præstatio dissolvitur, quia evictus ex* nova causa *possidere cæpit.*

§. 1.

Vor Alters war nichts gewöhnlicher, als Täusche mit Lehengütern: die Lehenherren tauschten immer mit den Vasallen, und diese mit jenen, wie es eben eines jeden besondere Convenienz erforderte. Beym Handeln und Tauschen befanden sich sonderheitlich die geistlichen Stifter sehr gut: man fieng mit kleinem an, gab etwas hin, und erhielt doppelt so viel dafür. Auch Privatleute, besonders da das Geld noch sehr rar war, mußten sich durch Lehengüter-Täusche bey Erforderniß einer Baarschaft, vorzüglich zu Ausstattung ihrer Kinder, und Berichtigung des Withums-Gehalts Hülfe schaffen.

Ueberhaupts in dem 15 und 16ten Jahrhundert war in Teutschland das Gütertauschen sehr

im

im Schwung, welches die in allen Archiven verwahrte sogenannte Güter- Kauf- Tausch- und Wechselrezesse, Witthum- und Beweisungsbriefe bewähren.

§. 2.

Aus gleichen Ursachen trafen *Mevius* und *Sempronius* 1598. einiger ansehnlichen Güter halber eine Wechsel- und Kaufhandlung: *Sempronius* gab dem *Mevius* unter andern auch einige von einem gewissen geistlichen Stifte getragene Lehengüter mit der Bedingniß in solutum, daß solche von dem *Mevius*, und seinen Erben jederzeit durch gewisse Lehenträger als Afterlehen getragen werden sollen.

§. 3.

Beede versprachen, im Fall es dieser Afterlehen halber zu einem Streit kommen sollte, einander beyzustehen, oder wenn etwa dieser Güterwechsel aus einigen Ursachen auch aufgehoben, und *Mevius* mit seinen Erben davon abtretten würde, *Sempronius* demselben und seinen Erben wiederum 8000 fl. zu erlegen schuldig seyn soll, wie dieses der darüber ausgehändigte Wechsel-Rezeß bewähret.

§. 4.

A tempore contractus, von A. 1548. bis 1650., mithin allerdings 55 Jahre lang blieb *Mevius* in dem ungestörten Besitze der eingetauschten Güter. Der Ort, in welchem diese Güter gelegen, war ein Ganerbinat, in welchem *Mevius* schon vorhin Güter, und somit auch von allen den Gerechtsamen, so den von *Sempronius* angetauschten Gütern zuständig gewesen, genaue Wissenschaft gehabt.

§. 5.

Es ergab sich aber sonach, daß die übrigen Ganerben den *Mevius* von dem Voto und der Session, gewisser den mit *Sempronio* getroffenen Gütertausch gar nicht angegangenen Ursachen halber, ausgeschlossen haben, welches den *Mevius* veranlaßte, nach Umlauf eines halben Jahrhunderts deßwegen dem *Sempronius* die Wiederlosung und Gewährschaftsleistung zuzumuthen.

§. 6.

Sempronius verstund sich keineswegs hiezu, weil *Mevius* bey dem Verlust des Voti & Sessionis litem ihme nicht denuncirt, sondern die Sache so lange auf sich hatte erliegen lassen, bis er Gelegenheit gefunden, mit dem geistlichen Stifte

sich

sich durch einen Kauf von der Afterbelehnung loszumachen, und dadurch sogar zu veranlassen, daß *Sempronius*, von dem Stifte nicht mehr als Vasall anerkannt, sondern ex capite feloniæ des Lehens verlustigt gehalten, und hiedurch ohnehin aus all weiterem nexu gesezt wurde.

§. 7.

Unerachtet dessen suchte *Mevius* den *Sempronius* zur Wiederlösung zu vermögen; hiedurch ward dieser bewogen, vorzüglich über die Hauptfrage ein Rechtsgutachten einzuholen:

„Ob *Mevius*, nachdem derselbe a tempore „contractus von A. 1598. bis 1650., und also „über ein halbes Sæculum in ruhiger Possession, „vel quasi aller in solutum übergebenen Gü„ter, Rechte und Gerechtigkeiten gewesen, und „nach der Hand verschiedene Actus exercirt, nie„mals behörigermasen litem denuncirt, dagegen „aber in viele Wege dem Kontrakt und aufgehab„ten Verbindlichkeit sowohl committendo als „omittendo zuwider gehandelt, an den *Sempro*„*nius* mit Bestand Rechtens die Eviction annoch „nachsuchen könne?

Tubingenses hielten in ihrem abgegebenen Rechtsgutachten dafür, „daß *Sempronius* in

„keine Weise weder zur Rücklosung, weder zur „Eviction den Rechten nach verbunden sey."

§. 8.

Ihre Entscheidung beruhte auch auf folgenden sehr standhaften Gründen, und zwar

1mo. Hat das Evictions-Gesuch bekannten Rechten nach nicht statt, nisi res ipso actu evicta, & judicialiter ablata sit.

juxta l. 24. *l.* 56. §. 1. ff. l. 17. C. de *evict.*

welche evictio judicialis aber nicht vorwaltete, weil *Mevius* sich in dem vollkommenen Besitze der von *Sempronius* ihm übergebenen Güter befand, und dieserhalben niemals weder eine gerichtliche Klage erhoben, noch weniger *Mevius* derselben entsetzt worden.

§. 9.

2do. Muß die Sache nothwendigerdingen durch richterlichen Entscheid evincirt, und dem Kläger zurückgegeben seyn; quia nec sufficit sententiam condemnatoriam esse latam, sed requiritur, ut etiam executioni demandata, petitorique res restituta sit.

juxta l. 57. l. 16. §. 1. l. 21. §. 2. ibi cum igitur neque corpus ff. de evict.

allein,

allein sowohl das eine, als das andere fehlte in diesem Falle.

§. 10.

3*tio*. Zudem hört die Evictionsleistung ohnehin auf, si possessor extra judicium rem sponte domino restituerit, licet justitiæ causa motus.

l. 70. ff. l. 3. C. de *evict.*

aut si transegerit cum vero rei domino.

l. 17. C. de *evict.*

vel si ipsi res per vim majorem ablata, aut citra cognitionem judicialem de facto extorta sit:

l. f. c. de art. emt.

Dem *Sempronius* konnte hiemit niemals eine Eviction mehr angemuthet werden, weil *Mevius* mit dem geistlichen Stift, als dem Lehenherrn, sich der Afterlehenträgerey halber ohne Wissen des *Sempronius* verglichen hat; das Jus Voti & Sessionis in dem Ganerbinat ward dem Mevius auch nicht durch richterliche Erkanntniß, sondern durch die Ganerben benommen, mithin giebt dieses eben auch keinen Grund zur Evictionsleistung.

§. 11.

4*to*. Ueber das hin fordern die Rechte, ut res evicta ablata sit, propter *causam*, *quæ*

antecessit possessionem ipsius evicti, si author condemnari debeat ad præstandam evictionem.

l. 1. C. de *peric. & comm. rei vend.*

Es zeigt sich aber keine Ursache, welche vor des *Mevius* seiner Besitzergreifung einen Stritt hätte vermuthen lassen. Das Sitz und Stimmrecht hatte *Mevius* über 50 Jahre lang ruhig und ungestört ausgeübt; *Mevius* war als Mitganerbe auch von allen, den Gütern des *Sempronius*, zuständigen Befugnissen genau belehrt, und der Verlust des vorgedachten Sitz- und Stimmrechts ergab sich aus einer zufälligen Ursache, die *Mevius* veranlasset, und auf *Sempronius* in keinem Betrachte einen Bezug hat. *Mevius* verlohr solches facto proprio, mithin ist gegen jenen auch das Evictions-Gesuch nicht anwendbar.

§. 12.

5*to*. *Mevius* muß sich die Schuld wegen einem unstatthaften Evictions-Gesuch selbst beymessen, weil er nach Maaßgabe des Wechselrezesses dem *Sempronius* die litis Denunciation nicht gemacht, und denselben zur gemeinschaftlichen Vertheidigung des gekränkten und nachhero entrissenen Sitz- und Stimmrechts aufgefordert.

Notum

„Notum enim eſt, ceſſare evictionis præ-
„ſtandæ neceſſitatem in obligato etiam
„alias ad eandem, ſi res culpa poſſeſſoris
„evicta ſit, idque vel committendo vel
„omittendo, ut ſi litem ſibi motam
„non denunciaverit in tempore authori,
„nam ſiquis ex capite evictionis ad-
„verſus authorem ſuum reverti velit,
„litem ei, dum res integra & necdum
„ablata eſt, denunciare debet, alias re-
„greſſum nullum habebit.

juxta l. 29. §. 21. *de evict.*

§. 13.

6to. Hat es einmal ſeine Richtigkeit, daß *Mevius* die zur Frage ſtehende Güter von *Sempronius* bona fide über 50 Jahre lang beſeſſen, und die denſelben anhangende Seſſion und Votum ſo lange Zeit mit und neben andern Ganerben genoſſen; er hatte dieſelbe, wenn er ſie ja nicht ex vera vel quaſi traditione, præcedente juſta cauſa facta acquirirt, doch durch die Verjährung rechtmäſig erlangt und erworben, mithin ope exceptionis longiſſimi temporis præſcriptionis ſchützen, und die von Seiten der Ganerben angeſtellte Aktion elidiren können.

Mevius hat aber dieses unterlassen, mithin votum & sessionem sua culpa verlohren, folglich kann gegen *Sempronius* oder dessen Erben die Evictions-Klage niemals statt haben.

„Si enim emptor aut alius, qui simili titulo oneroso ab aliquo rem nactus est, „statuto tempore rem venditam, permutatam, aut alio tali titulo acceptam, legitime possidet, & ita se præscriptione „contra eum postea vindicantem tueri potuit, sed exceptionem præscriptionis opponere omisit, & hinc ad rem restituendam condemnatus, sententiaque illa condemnatoria etiam executioni mandata „est, sane hoc casu res ipsi non jure evicta, sed culpa ejus omissa intelligitur, „ac proinde venditor, vel permutator de „evictione haud tenetur.

juxta l. 54. pr. l. 56. §. 3. *de evict.*

§. 14.

7*mo*. Die Einwendung des *Mevius*, daß die Actio zu Bezielung der Evictionsleistung perpetua sey, verdient keine Rücksicht, da solche durch die wirkliche Besitznahme erlöscht, und in der Verjährung es mehr auf die Ursache, als auf die Zeit selbst ankömmt.

„Quod

„Quod si interim res ipsa per usucapio-
„nem acquisita sit, etiam actio evictionis
„nomine competens per consequentiam,
„ratione rei venditæ, permutatæ &c. usu-
„capione quæsitæ extinguatur, quia pos-
„sessor jam tutus est exceptione usucapio-
„nis uti dicitur. —
in L. 54. ff. *de evict.*

§. 15.

8*vo*. Anbey ist vorzüglich zu betrachten, daß *Mevius* an *Sempronius* nicht die geringste Evictionsleistung mehr verlangen kann, da er die in Frage stehenden Lehengüter nicht mehr in Hinsicht des mit *Sempronius* getroffenen Gütertausches, sondern ex nova causa, nämlich aus der mit dem Stifte hierüber getroffenen Abfindung, quasi novo titulo emptionis & allodialitatis, von dem Stifte besitzt.

„Prope enim ex secunda emptione i. e. ex
„litis æstimatione emptori habere licet,
„non ex pristina l. 29. pr. *ibi & ego ex alia*
„*causa haberem ff. de evict.*

§. 16.

9*no*. Am Ende sahen Tubingenses auch noch hierauf, daß nach dem Wechsel- und Tausch-

Re-

Rezesse die Paciscenten niemal die Meynung mögen gehabt haben, das jus pœnitendi post contractum ab utraque parte impletum, auf immer und ewig einzuräumen; vielmehr schien glaubbar zu seyn, daß paciscentes sich dem juri communi haben confirmiren wollen, und das Absehen hierauf genommen, daß die 8000 fl. von *Sempronius* dem *Mevius* sollten bezahlt werden, wenn irgends der zwischen ihnen getroffene Kontrakt, ehe solcher ab utraque parte durch die Ueberlieferung der vertauschten Stücke erfüllt worden, ob pœnitentiam dantis vel accipientis, aut ex alia justa causa, sollte aufgehoben werden, oder das Stift, von dem die von *Sempronius* vertauscht-gewordene Güter zu Lehen gerührt, sich wider die Afterbelehnung setzen, und dieselbe nicht geschehen lassen wollte, und deßwegen der Kontrakt keinen Fortgang gewinnen dürfte.

„Verba enim contrahentium in dubio
„semper ita accipienda sunt, ut naturæ
„contractus initi inserviant, illisque se
„conformare voluisse intelligantur.

Schrader de feudis pact. 10. sect. n. 429. seq. & conf. 1. n. 598. conf. 4. n. 134. seq. n. 272.

Hierinn bestunden also die wesentlichen Beweggründe, warum Respondentes die Evictions-

lei-

leistung, als ein widerrechtliches Gesuch, in gegenwärtigem Rechtsfalle ansahen.

Zusätze.

Summaria.

1) *In casu feudi evicti, quoad evictionis præstationem, primario requiritur, vasallo proprietatem feudi plane ignotam fuisse.*

2) *Sin autem vasallus proprietatem feudi alienam esse sciverit, tunc præstatio evictionis cessat, nisi expresse eandem reservasset.*

3) *In causa, præsertim feudali, evictionis actioni aliter locus non datur, nisi in limine contractus.*

4) *Hinc in re post longissimi temporis possessionem evicta non admittitur.*

6) *Sed ope præscriptionis legitime eliditur, quamvis etiam clausula evictionis perpetuæ in contractu superaddita fuerit.*

6) *Adeoque materia evictionis sæpius non juxta verba contractus, sed intentionem paciscentium & arbitrorum dijudicanda est.*

7) *Ob avulsa feudalia a tertio possessa dominus feudi evictionem vasallo præstan-* dam

dam non tenetur, quamvis illi eadem recuperare non placeat, cum litteris feudalibus plerumque bona antiquitus inserta sunt, de quibus & ipsi domino directo nihil constat.

§. 1.

Wir sind mit dem Rechs-Gutachten der Herren Tubingensium gänzlich einverstanden, daß in dem zur Frage gestandenen Falle eine Evictions-Klage eben so grundlos an sich schon gewesen wäre, als solche auch niemals eine rechtliche Wirkung hätte nach sich ziehen können.

§. 2.

Nach unsrer Ermäsigung müssen, in der ohnehin noch am wenigsten bearbeiteten Materie von der Evictionsleistung, bey verkauften oder vertauschten Lehengütern, gewisse generelle Sätze aufgestellt werden, mit welchen man ohne weitwendige Behandlung fast in jedem Falle durchgreifen kann.

Die Evictionsleistung kann bey einem Lehengut in zweyfachem Betrachte vorkommen, entweder daß der Lehenherr dem Vasallen solche leisten muß, oder daß dieser solche von einem dritten fordert.

Rührt

Rührt das Lehen unmittelbar von dem Lehenherrn her, so geht das Gesuch gegen denselben: ist aber der Lehenherr nicht mit verwickelt, sondern das Lehen mit dessen Consens an einen dritten verkauft worden, so trift die Gewährleistung den Verkäufer alleinig.

§. 3.

Wir erwähnen dieses Unterschieds von darum nothwendig, weil im ersten Fall eine causa feudalis, und zwar der casus evictionis ex contractu feudali, im andern aber bloß contractus mere civilis vorwaltet.

Die Folge dieses Unterschieds ist an sich schon unter andern auch diese, daß der erste Fall bey der Curia austregali, oder nach Gestalt der Umstände, bey des Lehenherrn ordentlichen Richter, der zweyte aber von einem jeden andern competenten Richter könne entschieden werden.

§. 4.

Bey einem feudo evicto sind eigentlich gegen den Lehenherrn nur zwey Haupt-requisita zu Bezielung der Evictionsleistung zu beobachten nothwendig.

1) „Daß der Vasall keine Wissenschaft von „einem zum Lehen erhaltenen fremden Stücke gehabt, und

2) „Dem

2) „Dem Lehenherrn re evicta litem denuncirt habe, sodann von der vorgehenden „Eviction dem Authori es in Zeiten zu denunciren, damit sich derselbe noch genüglich vertheidigen könne.

Die übrigen Erfordernisse kommen mit jenen der gemeinen Rechte überein; und fehlt eines von diesen requisitis, so zerfällt die ganze Evictionsklage, es wäre denn Sache, daß der Vasall, welcher gewußt, daß er ein fremdes Gut zum Lehen erhalten, sich die Eviction specialiter vorbehalten hätte.

§. 5.

Ist aber das Eigenthumsrecht des Guts weder dem Lehenherrn, noch dem Vasallen bekannt gewesen, so ist der ganze Kontrakt an sich nichtig, und jeder Theil giebt zurück, was er erhalten hat. Keiner hat dem andern außer demjenigen etwas zu ersetzen, um welches er reicher geworden; sind beede beschädigt, fällt der Schaden auch auf jeden zu gleichen Theilen: wußte aber der die Eviction nachsuchende Vasall etwas von der nicht Lehensfähigen Guts-Eigenschaft, so ist es (außer einer erweißlichen Reservation) um seine Evictions-Klage geschehen.

§. 6.

Bey Lehengüter-Käufen hingegen, wo die Eviction nicht gegen den Lehenherrn nachgesucht wird, hat es eben die Bewandsame, so in dem obangezeigten Rechtsfalle schon vorgekommen.

Die Gewährschaftsleistung hat nur in limine contractus (wie sich Freyherr von Cramer in observat. Juris univ. Tom. IV. p. 77. ausdrückt) eigentlich statt, das ist, wenn der Streit in Hinsicht der Evictionsleistung sich eher ergiebt, als der Kaufschilling bezahlt ist; in welchem Falle der Evictus immer den Kaufschilling zurückbehalten kann.

Ist aber der Kontrakt ein für allemal von beeden Seiten über eine verkäufliche oder Lehensfähige Sache erfüllt, wie es in dem vorausgesetzten Rechtsfalle geschah, und sind beede Theile in einem mehrjährigen ruhigen Besitze, so tritt die Evictionsleistung selten mehr ein.

§. 7.

In dem vorgesetzten Rechtsfalle erscheint als der wichtigste Beweggrund, daß *Mevius* die Güter nachhero nicht mehr ex titulo permutationis, sondern ex *nova causa* durch den mit dem

geistlichen Stifte über die Aufhebung der Lehenbarkeit geschlossenen Kontrakt besessen.

Mit diesem alleinigen Entscheidungsgrunde hätten Respondentes alle übrige weitläufige Behandlung abschneiden können: da *Mevius* die Güter vi pacti von dem Stifte recognoscirt, konnte von einer Evictionsleistung, in Ansehung des ganz erloschenen Tauschkontrakts, die Frage nicht mehr seyn.

§. 8.

Selbst die Verjährung gewann dießfalls schon mit 30 Jahren ihre volle Rechtskraft; nicht nur die tägliche Praxis, sondern auch mehrere Reichsgerichtliche Entscheide sind hievor Bürge. Wann auch dem ersten Tauschkontrakt die Clausul für ewig und allezeit in Hinsicht der Gewährschaftsleistung wäre beygesetzt worden, so würde solche dennoch durch die Verjährung gänzlich aufgehoben.

Gailius 2. observ. 18. *Mynsinger* obs. 16. *Gylmann* tom 3. præjud. cam. voc. *retrovenditio*.

Es paßt auch hieher der Satz, den Meichsner in tom. IV. decis. cam. XXII. p. 605. anführt, da er schreibt:

„Pro-

„Promittentem indemnitatem non teneri, „quando judicium movetur culpa illius, „cui promissa fuit indemnitas.

§. 9.

Wenn man aber die Sache genau betrachtet, so war in diesem Falle mehr von einem Reukauf, als einer Evictionsleistung in limine contractus die Rede.

Sempronius hatte juxta verba contractus, wenn *Mevius* sämmtliche Güter abtretten würde, die Summe von 8000 fl. zu erstatten sich anheischig gemacht; das zeigte schon an, daß hiedurch der ganze Gütertausch zerfallen wäre.

Mevius verlangte die Gewährschaftsleistung, weil er votum & sessionem bey der Ganerbschaft propria culpa verlohren. An sich war der Verlust dieser Befugniß zwar schon beträchtlich; wenn er sich aber auch ohne Verschulden des *Mevius* ergeben hätte, so kann der Verlust eines Theils, oder juris individualis, doch den ganzen Kontrakt, nach einem mehr dann 50 jährigen Besitzstand, nicht zernichten; höchstens dürfte pro rata eine æstimatio damni in einem sol-

chen Falle eintretten. Der Herr Justizrath Pütter schreibt hievon

in seinen auserlesenen Rechtsfällen Th. 2. S. 481. n. 67.

nec tamen corruit inde totum pactum, quo ista evictio promissa. Es hätte also auch höchstens eine Abfindung wegen dem entzogen wordenen Sitz- und Stimmrecht statt finden können, wenn *Mevius* solches nicht propria culpa verlohren, und die Verjährung deßhalben gegen sich gehabt hätte.

§. 10.

Die Evictionsleistung gehört immer auch zu denjenigen Rechtsgegenständen, in denen arbitrium boni viri öfters mehr, als die Worte des Kontrakts, den Ausschlag geben müssen: man darf auf die Worte des Kontrakts nicht allemal sein Urtheil gründen, sondern es ist vielmehr der Sinn der Paciscirenden nach dem Verhältniß der Sache zu erforschen.

Wie oft ergiebt sichs nach 100 und mehrern Jahren, daß der Inhaber eines Lehens durch genaues Nachsuchen noch auf Lehens-Appertinenzien kömmt, die ein dritter schon in vieljährigem

Ge-

Genuß und Besitze hatte. „Was wäre dahero „unbilliger, schreibt Struben

in seinem Rechtl. Bedenken Tom. I. n. 112. p. 263.

„als wenn der Lehenmann, weil ihm der Lehen„herr nicht dazu verhelfen mag, demselben eine „Gewährsleistung anmuthen würde.

Die meisten Lehenbriefe enthalten weit mehrere Stücke, als der Vasall besitzt, und öfters der Lehenherr selbst nicht weiß: hierinnfalls muß also nicht der Buchstabe des Lehenbriefes, sondern die Verhältniß den Entscheid geben. Keineswegs kann aber ein Vasall, wenn er schon das Lehen titulo oneroso erhalten, in dergleichen Aufschlüssen von dem Lehenherrn, wenn dieser weder eine Schuld noch Wissenschaft von den Lehens-Avulsis hat, eine Eviction nicht einmal quoad partem verlangen, vielweniger den ganzen Lehen-Kontrakt deswegen umstoßen, weil es nur um ein Appertinenz-Stück, und nicht um das ganze Gut zu thun ist.

II.
Von der Nichtigkeit des Patronat-Rechts in Substitutions-Fällen.

Aus des Herrn Lyncker Respons. nov. vol. alt. Cons. 78. p. 289 - 292.

Summaria.

1) *Videtur justa intentione niti patronus, qui pastorem, quem extra ordinem constitui oportet, a se præsentandum esse prætendit.*

2) *Attamen in constituendo pastores tempore pestis, aut imminente eo, non respicere episcopum ad hunc vel illum patronum.*

3) *Sed in casibus ejusmodi extraordinariis, subitis, nec continuis jus patronatus universale & regium adhuc superesse putandum est.*

4) *Neque etiam patrono* casus singularis debetur, *cujus usum ille, vel exercitium nunquam habuit.*

§. 1.

In einem sächsischen Fürstenthume hatte der Stadtrath die unstrittige Patronat-Gerechtigkeit, Kirchen- und Schuldiener zu berufen. Dieser wußte

wußte sich auch in allen Vorfallenheiten hiebey zu schützen. Selbst bey um sich gerissenen gefährlichen Seuchen wurden von diesem Stadtrath gewisse Subjekte zur Seelsorge als Subdiaconi, doch außer ordentlicher Administration der Sacrorum, und absque spe succedendi nominirt und substituirt, worüber nachher die fürstliche Consistorial-Confirmation und Ordination erfolgte.

§. 2.

Nichts desto weniger, als es bey einer anscheinend-gefährlichen Seuche wiederum darauf ankam, daß man ein oder mehrerer außerordentlicher Seelsorger benöthigt seyn wollte, so ergab sich ein Zweifel, ob diese Kirchendiener von der Landesherrschaft oder *Consistorio* unmittelbar, ohne Vocation des *Patroni*, zu bestellen und zu ordiniren seyn möchten, oder ob nicht vielmehr der Stadtrath auch dießfalls bey den extraordinairen Kirchendiener-Anstellungen sein Patronat-Recht auszuüben berechtiger sey, und von demselben, als *Patrono*, die sonst gewöhnliche *nominatio & electio*, und zwar vor der Ordinirung, nothwendig ergehen müsse.

§. 3.

Ueber diesen allerdings wichtigen Anstand ward von der Jenaischen Juristen-Fakultät im Jahre 1682. ein Rechtsgutachten eingeholt, welches dahin ausfiel:

„Daß die Bestellungen der Kirchendiener in „außerordentlichen Fällen von der Landesherrschaft absque præjudicio patroni können verfügt werden, und dieser seine Nominations- und „Präsentations-Befugnisse nicht auszuüben habe.

§. 4.

Die Entscheidungsgründe, so, wie man solche etwas begreiflich zusammenfassen konnte, bestunden in folgenden:

Es hat zwar seine Richtigkeit, daß

1*mo*. nach der Wesenheit des Patronatrechts und der fundata intentione patroni, ohne vorherige Nomination desselben, kein Kirchendiener aufgestellt werden könne; allein, es ist ein Unterschied unter einer Substitution und einer extraordinairen Anstellung zu machen.

Jene, nämlich die Substitution, ist auch eine extraordinaire Anstellung, die gemeiniglich und öfters cum spe succedendi geschieht: hingegen unterscheidet sich solche dennoch von einer ex-

extraordinairen Substitution hierinn, weil in dieser der extraordinaire Substitut absque spe succedendi und manchmal gar noch mit beschränkter administratione sacrorum eintritt.

Der Patronus Ecclesiæ, wenn er nun auch in dem Besitze des Juris utriusque nominandi substitutum ist, kann sich doch bey Anstellung eines extraordinairen Substituten nicht an seinem Rechte gekränkt finden, weil diese Anstellung eigentlich eine Ausnahme von der Regel des Substitutions-Rechts macht.

§. 5.

2do. Besondere Rechtsfälle sind immer so geeigenschaftet, daß sie an und vor sich schon auch besondere Verfügungen erfordern, die dem Nominations-Recht des Patroni in ordentlichen Fällen nicht nachtheilig seyn können, und sobald in einem extraordinairen Falle, dergleichen eine ansteckende Krankheit oder Seuche ist, auch ein besonderes Absehen genommen wird, so scheint nach dem *Magero*

C. 9. *de advocatia armata* n. 648.

das *jus patronatus regium*, oder *principis* einzutretten, und dieses läßt in derley Fällen auch keinen Zweifel übrig, daß die ordinatio, ob-

gleich ab eodem episcopo, nicht vorgehen könne

§. 6.

3tio. Zudem, wenn der Stadtrath juxta narrata facti schon das Befugniß gehabt, und auch per præjudicium es erwiesen, in außerordentlichen Fällen das Nominations-Recht ausgeübt zu haben, und an und vor sich die Eigenschaft des Patronat-Rechts keine Theilung unter ordinariis und extraordinariis substitutionibus zuläßt, weil es für ein jus individuum & divisionis nescium nach der Lehre eines Reinkings

de regimine ecclesiæ lib. 3. class. 1. cap. 9. n. 12.

gehalten wird, so bringt es doch die Natur der Sache mit sich, daß unter ordentlichen Substitutionen, welche bey gewöhnlichen Erledigungs-Fällen vorzugehen pflegen, und außerordentlichen, die in ganz besonderen Fällen vorkommen, ein Unterschied gemacht werde. Bey jenen tritt ordentlicherweise das dem Patrono zustehende Jus nominandi ein; bey diesen aber hat der Landesherr vi patronatus regii Verfügungen zu machen, die in andern Fällen eben contra jus tertii nicht statt finden.

§. 7.

4to. Die Fälle, in denen sich der Stadtrath ehevor in extraordinaria substitutione des juris nominandi bedient, schienen Jenensibus auch nicht ejusdem qualitatis gewesen zu seyn, wie überhaupts die Ernennung eines Substituti nicht in der Eigenschaft und ursprünglichen Stiftung des juris patronatus zu finden ist, welches sich lediglich auf die Anstellung eines ordentlichen Seelsorgers bezieht, folglich immer der Fall vorwaltet, in welchem niemand füglicher, dann die Landesherrschaft disponiren mag.

§. 8.

5to. Endlich, wenn man auch zugiebt, daß dem Patrono das Recht zu substituiren gebühre, um hiedurch die Besorgniß zu heben, welche Carpzov in seiner *Jurisprudentia consistoriali* def. 17. seq.

äußert: cum frustraneum vel inane foret, jus patroni, si per substitutionem alius quidam ingeri possit, qui in locum ordinarii deinceps successurus est, etiamsi forte cum spe succedendi expressa non constituatur.

so ist dennoch unter den Substitutis und andern Extraordinariis (dergleichen bey epidemischen

schen Krankheiten erfordert werden) ein großer Unterschied zu machen, und deßhalben ist zwar im allgemeinen Verstand ein jeder Substitutus ein *Extraordinarius*, deßwegen sind aber doch keinesweges alle Extraordinarii ordentliche *Substituti* eines ordinairen Seelsorgers, und in dieser Rücksicht glaubten Jenenses, daß dem Patronat-Recht kein Nachtheil zugehe, wenn in derley außerordentlichen Fällen, mit Uebergehung des Patroni, von der Landesherrschaft ein Substitutus extraordinarius bestellt, und sonach von der Landesherrschaft (versteht sich derjenigen A. C.) tanquam episcopo confirmirt und ordinirt werde.

Zusätze.

Summaria.

1) *Jus patronatus duplicem necessario patitur divisionem in Curiale & Ecclesiasticum.*

2) *Hæcque tam a Catholicis, quam A. C. addictis retinetur,*

3) *Nam ab origine jus patronatus laicale est.*

4) *Postea in principes, capitula & monasteria translatum, & perinde ortum jus patronatus ecclesiasticum,*

5) *Id*

5) *Id quod tanquam annexum religionis & jurisdictionis ecclesiasticæ consideratur.*
6) *Inque jus patronatus plenum & minus plenum dividitur.*
7) *Jus patronatus verum & plenum a laico catholico mediato nunquam possidetur, bene vero a domino territoriali Aug. Conf.*
8) *Uti etiam ab episcopo catholico, qui semel est patronus & dominus territorialis.*
9) *Jus substituendi presbyterum sive pastorem competit solo episcopo,*
10) *Nullatenus vero patrono,*
11) *Cujus jura nominandi ordinarium parochum perinde neque læduntur, multo minus tolluntur.*
12) *Dispositio substitutionis in casibus extraordinariis, tanquam effectus juris circa Sacra, consideratur, & soli curæ episcopali subjacet.*

§. 1.

Der Substitutions-Fall, den uns Jenenses mit ihrem Entscheide darstellten, ist fast der einzige, so in der großen Consilien-Sammlung vorkömmt, und wir finden solchen allerdings doch für wichtig, mit einigen Bemerkungen zu begleiten, weil der-

derselbe beynebens eine Materie des Kirchenrechts betrift, die auf eine collisionem brachii secularis & ecclesiastici hinauslaufen könnte, wie unlängst ein ähnlicher Vorfall zwischen einem fränkischen Reichs-Kavalier Aug. Conf. und dem Episcopo relig. cathol. viele unannehmliche Weiterungen veranlasset hat.

§. 2.

Die Gemeinnützigkeit unsrer Arbeit erfordert, daß der Jenaische Rechtsfall in dreyfachem Betrachte gegenwärtig erörtert werde, und zwar

1*mo*. Ob in extraordinairen Fällen die Landesherrschaft Aug. Conf. mit Uebergehung des Patroni cujuscunque religionis einen Kirchendiener A. C. substituiren könne? sodann

2*do*. Ob die Landesherrschaft Aug. Conf. in dergleichen Fällen mit Uebergehung des Patroni & Episcopi catholici in einem katholischen Orte die Substitution eines zwar katholischen Kirchendieners vorzunehmen berechtiget seyn möge? und endlich

3*tio*. Wie sich Episcopus catholicus in außerordentlichen Substitutions-Fällen (wo er zwar nicht Patronus, aber doch Landesherr, und es um die Substitution eines Kirchendieners A. C. zu thun ist) zu benehmen habe.

Alle

Alle drey vorliegende Fragen verdienen eine richtige Auseinandersetzung, da ohnehin von dem Substitutionsrecht bey Erforderniß einiger Kirchendiener noch keine Abhandlung erschienen ist: wir wollen dahero einige Sätze vorausschicken, ehe wir die Beantwortung kurzgedachter Fragen angehen.

§. 3.

Das Jus patronatus hat einen zweyfachen Betracht, und wird nicht ohne Grund bey den Katholiken in *laicale & ecclesiasticum* abgetheilt. Selbst bey den Protestanten muß dieser Unterschied immer verschiedener wichtigen Folgen halber, besonders in terris mixtæ religionis, beybehalten werden, wie es **Brunnquell** in einer besondern Dissertation

de diverso Patroni ecclesiastici & laici jure. Jenæ 1754.

sehr schön gezeigt hat.

Es ist auch dieser Unterschied den Umständen des Patronat-Rechts ziemlich anpassend, *patronum faciunt dos, ædificatio, fundus*, heißt der allgemein bekannte Vers. Alle diese Eigenschaften haben auf die Layen weit mehr, als auf die Geistlichkeit Bezug.

Wenn

Wenn wir aber auch auf die Canonisten, insonderheit einen *van Espen* hinsehen, so ist das Jus Patronatus immer ein *merum jus laicale* gewesen.

Es bewährt dieses seine dießfallsige Ausführung, da er in seinem Jure ecclesiastico

P. II. tit. 25. p. 291. n. 31.

schreibt: Præter fundationem & dotationem, nec non præscriptionem, est & alius titulus seu modus, quod primum in laicos, & dein monasteria & capitula jus patronatus satis frequenter transivit.

Circa seculum VIII. & IX. contigit, ut principes non tantum bona ecclesiastica usurparent, (dieser Ausdruck könnte zwar noch einige Modification erleiden) sed & ipsa etiam monasteria quin & parochiales ecclesias, easque suis militibus darent in feudum vel alodem: eoque titulo omnes eorum obventiones haberent.

Hi Laici primum quidem in his ecclesiis, quas tanquam proprias possidebant, earum se dominos appellantes, presbyteros assignatis modicis emolumentis propria autoritate & inconsulto episcopo instituebant; at cum id tanquam ecclesiis admodum præjudi-

judiciosum in synodis vetitum fuit, cautumque, ut nullus absque consensu episcopi cuilibet presbytero det, vel auferat ecclesiam.

Can. neminem 16. q. 7.

ex concilio *cabilonens.* cæperunt presbyteri iis ecclesiis præficiendos episcopis præsentare, & ita jus patronatus habere in ecclesiis, quas in beneficium sive alodem acceperant.

Adhæc cum plures laici ecclesias, quas in feudum acceperant, in monasteria & capitula transtulerint, etiam ipsi monachi & canonici presbyteros in ecclesiis præficiendos præsentare cæperunt, atque hinc jus præsentandi seu jus patronatus monasteriorum & capitulorum pro majori parte originem sumpsit, quod licet origine laicale fuerit, postquam tamen in monasteria & capitula transivit, pro ecclesiastico reputatur.

Diese wichtige Stelle zeigt uns ganz klar, daß das Patronat-Recht seinem Anfange nach ein weltliches Recht gewesen, und durch die Translation auf geistliche Gemeinheiten und Besitzere gekommen sey, sohin auch die Eigenschaft einer geistlichen Sache an sich genommen habe.

Im Jahre 1768. ist eine Schrift in Paris unter dem Titel: *Memoire sur les droits vulgairements honorifiques des Patrons* herausgekommen, in welcher der Ursprung des Patronat-Rechts sehr bündig dargethan worden.

Unerachtet dieses Werk pro terris Galliæ seine eigentliche Bestimmung hat, so ist es dennoch für Teutschland sehr interessant, da durchgehends die Espenische Grundsätze zur Maaßregel genommen worden, und fast gar keine Abweichungen von dem in Teutschland üblichen Patronat-Rechte erscheinen.

§. 4.

Nun wollen wir auch kürzlich erwähnen, was denn eigentlich das Patronat-Recht selbst sey, und worinn es bestehe.

Das Jus patronatus, wie es der Freyherr von Cramer in seinen *observat. juris univ.*

Tom. I. p. 429.

bestimmt, ist seinen Bestandtheilen nach als ein *annexum religionis & jurisdictionis ecclesiasticæ* anzusehen, da es nach dem *Art. V.* §. 31. des *Instrumenti pacis Westphal.* heißt: *cujusmodi annexa habentur . . . . Jus patronatus.*

Man

Man muß nach dem Sinne des Friedens-Instruments das Jus patronatus nur als ein annexum religionis & jurisdictionis ecclesiasticæ in jenen Fällen vorzüglich ansehen, in denen sich zwischen Katholiken und Protestanten über die Ausübung desselben, und der hiemit in einiger Verbindung stehenden anderweitigen Wirkungen Strittigkeiten ergeben.

Außer dem ist das Jus Patronatus, wenn es von Layen ausgeübt wird, immer ein weltliches Befugniß, es besteht dem Hauptwesen nach in jure vocandi, und verartet sich nur in ein geistliches, in so ferne geistliche Fürsten, Kapitul, Klöster, und Gemeinheiten solches auszuüben haben, wie es eben der zwischen dem **Domkapitul** zu Speyer, entgegen **Daniel** von *S. Andreæ* in Camera imperiali in puncto juris patronatus A. 1756. entschiedene Rechsfall (den Freyherr von **Cramer** ebenfalls anführt) des umständlichern bewährt.

§. 5.

In dem Verfolg kömmt es nun auch auf die weitere Erörterung an, was das Patronat-Recht sey, und hier kann die Definition anschlagen,

die uns der gelehrte Böhmer in seinen *Instit. jur. canon.*

lib. III. tit. 38. §. 2.

giebt, da es heißt: das *Jus Patronatus* ist eine *facultas moralis, vi cujus Patronus seu dominus designat presbyterum, eumque ad examen & ordinationem præsentat episcopo, & approbatum atque ordinatum ecclesiæ suæ præficit, ac de dote investit.*

Hat nun der Patronus nicht nur allein das Vocations- sondern auch das Collaturrecht beysammen, so ist es nach der Meynung des Freyherrn von Cramer

l. c. tom. II. P. II. p. 85.

das *verum* und *plenarium* jus patronatus, ausserdem aber, wo die Vocation, oder Nomination nur bey dem Patrono laico, die übrigen Befugnisse aber, dem Kirchenrecht gemäß, von dem Bischofe ausgeübt werden, nur für ein Jus patronatus *minus plenum* anzusehen.

§. 6.

Aus diesen Præmissis ziehen wir die zwar noch etwas fremd anscheinende, doch aber ganz natürliche Schlußfolgen, daß

a) das Jus Patronatus *plenum* & *verum* in vollem Maaße bey einem Layen Cathol. Relig.

(wo

(wo die Frage von Anstellung eines katholischen Kirchendieners entsteht) niemals bestehen möge, sondern dieser nur das Jus Patronatus *minus plenum* sive *restrictum* exerciren könne, wo hingegen

b) sowohl ein katholischer Bischof, so wie ein protestantischer Landesherr (wenn beyde das Jus nominandi und præsentandi haben) das Jus patronatus plenarium alleinig ausüben können, weil beyde, und zwar der Bischof ex principiis juris ecclesiastici catholicorum bey einem katholischen Kirchendiener, der protestantische Landesherr hingegen, suspensa utpote jurisdictione ecclesiastica bey Anstellung eines protestantischen Seelsorgers, quoad omnes effectus ordinationis, confirmationis & rel. &c. concurrirt.

c) Aus diesem folgt noch des weitern, daß, wenn der katholische Bischof z. B. das Nominationsrecht eines protestantischen Kirchendieners, oder der protestantische Landesherr solches in Ansehung eines katholischen Seelsorgers hat, nur das jus patronatus *minus plenum*, sowohl bey dem einen als anderen vorwalte, weil die übrige Effectus unter beeden wiederum getheilt sind; und endlich ist noch zu bemerken,

d) daß von keinem Theile etwas weiter könne ausgeübt werden, was nicht entweder der ursprüngliche Stiftungsbrief des hergebrachten Patronatrechts, oder die Eigenschaft desselben mit sich bringe, aus welchem sofort klar folgt, daß nur der katholische Bischof und der protestantische Landesherr in ordentlichen und außerordentlichen Fällen substituiren können, und zwar der erste nach den Grundsätzen seiner Religion mit Ausschluß des Patroni und Landesherrn, letzterer aber ebenfalls qua Episcopus mit Ausschluß des Patroni, da die Eigenschaft des Bischofs mit jener der Landesherrschaft nach dem Friedensschluß unzertrennlich ist.

Wir glauben hier den Unterschied des Juris patronati *pleni* und *minus pleni*, besonders pro terris mixtæ religionis, ziemlich praktisch dargelegt zu haben.

Böhmer hat in seinem *Jure ecclesiastico Protestantium*

Tom. III. tit. 38. p. 463 - 564.

die Materie vom Patronat-Recht sehr weitwendig behandelt; von dem Substitutions-Fall kömmt immittelst doch nicht das geringste vor.

Die übrige Schriften und Werke eines *Pistorius*, Finckelhans, Zahns, *de Roye* und

Pe-

Petermanns, die wegen dem jure patronatus ins besondere vorliegen, sind fast unbrauchbar.

Von katholischen Rechtsgelehrten hat sich gar noch keiner die Mühe genommen, die Lehre von dem Patronat-Recht in terris mixtæ religionis praktisch ans Licht zu stellen.

Die beste Schrift, so von dem Patronat-Recht von jeher bekannt ist, hat der Herr Professor *Aug. Lud. Schott* unter dem Titel: *Observationes ex jure patronatus ecclesiæ pluribus competente speciatim per turnum*. Tubing. 1778. geliefert; allein, der Substitutions-Fall ist hierinn dennoch nicht erörtert.

§. 7.

Es wird sich nun die in §. 2. unserer Zusätze aufgeworfene erste Frage, ob in extraordinairen Fällen die Landesherrschaft *A. C.* mit Uebergehung des *Patroni cujuscunque religionis* einen Kirchendiener *A. C.* substituiren könne? gar leicht beantworten lassen, und zwar

1*mo*. Das Jus provisionaliter disponendi in Nothfällen, so auch das kirchliche Wesen betreffen, macht eigentlich das sogenannte Jus circa sacra aus, oder was eben Jenenses in ob-

angeführtem Rechtsfalle das Jus patronatus regium nennen. Bemerkt der Landesherr A. C., daß eine um sich reissende Seuche zur Nothwendigkeit mache, die Seelsorge, bey Abgang des ordinarii Parochi, mit Substitutis zu versehen, so ist es eine Gattung von Pflicht, daß er sich als Landesherr und Beförderer des Religionswesens in einem Gegenstand verwende, der eigentlich in das Jus circa sacra einschlägt, und wobey er auch als Bischof immer primario nach dem Kirchenrecht concurrirt.

2do. Die Stiftung des Patronat-Rechts und die Notion, so man von demselben hat, involvirt das annexum substitutionis nicht: nur den ordentlichen Seelsorger hat Patronus zu nominiren; die Substitutions-Fälle sind reservata episcopi, in die der Patronus keine Hände einschlagen kann: wenigstens haben Protestantes mit Catholicis hierinnfalls gleiche Grundsätze, allermasen das älteste Kirchenrecht die Substitutions-Fälle den Bischöfen vindicirt. Durch diese Verfügung wird aber dem juri patronatus nicht eingegriffen, da es nur um eine interimistische Disposition zu thun ist.

3tio. Machen es öfters die Umstände schon nöthig, daß die Substitution des Seelsorgers

von dem Landesherrn A. C. geschehe, da dieser qua Episcopus nothwendigerdingen immer gegenwärtig seyn muß, der Patronus aber weit entfernt seyn kann, weswegen dem Seelenverlust ob periculum in mora schleunigst vorzubeugen ist, und dahero die gemeine Rechtsregel

Cod. 4. t. 9. l. 1. & 6. 3. l. c.

necessitas non habet legem, & extra ordinem quandoque quid fieri suadet, vollkommen eintritt.

§. 8.

Die zweyte Frage: Ob die Landesherrschaft *A. C.* in dergleichen Fällen mit Uebergehung des *Episcopi catholici* in einem katholischen Orte die Substitution eines zwar katholischen Kirchendieners vorzunehmen berechtiget seyn möge? läßt sich nun eben so bestimmt beantworten. Es bleibt zwar

1mo. Ein unveränderlicher Satz, daß der Landesherr A. C. auch in katholischen Ortschaften immer ex jure circa sacra in außerordentlichen Fällen, dergleichen Seuchen, oder schnelle Veränderungen, als etwa bey Entweichung eines Pfarrers u. d., ohne Rücksicht auf den Patronum, auf schleunige Anstellung eines katholischen Seelsorgers zu dringen habe. Was

2do. Die Anstellung des Substituti, und dessen interimistische Bestättigung, Abordnung und Einweisung anbelangt, kann der Landesherr A. C. nicht ohne den katholischen Ordinarius vorfahren, dann dieser hat alleinig die Substitutos mit der cura animarum juxta principia catholica zu versehen, bey dessen Außerachtlassung nicht nur die Principia utriusque religionis, als auch die abgetheilte geistliche und weltliche Gewalt confundirt, und eine unvermeidliche Collision entstehen würde.

3tio. Es kann also in Fällen, wo der Nothstand eine schleunige Substitution erfodert, der Ordinarius catholicus, ohne Rücksicht auf den Landesherrn A. C. und eben so wenig auf einen tertium patronum mit der Substitution eines Seelsorgers für ein katholisches Pfarrdorf vorfahren, weil die cura pastoralis substituendi juxta principia catholicorum lediglich von dem Ordinario abhängt, und dominus territorialis A. C. weiter nichts, als ex jure circa Sacra hieben das jus prospiciendi hat, welches in einer ad Ordinarium zu machenden Erinnerung besteht.

§. 9.

§. 9.

Die dritte Frage: wie sich der *Episcopus catholicus* in außerordentlichen Substitutions-Fällen (wo er zwar nicht *Patronus*, aber Landesherr, und es um die Substitution eines Kirchendieners *A. C.* zu thun ist) zu benehmen habe? wird aus Grundsätzen beantwortet, die dem protestantischen Kirchenrecht angemessen sind. Es hat zwar

1*mo*. Der katholische Bischof und Landesherr in derley Substitutions-Fällen nicht auf die jura patronatus zu sehen, weil juxta principia utriusque religionis die substitutio res ordinarii sive episcopi ist, folglich bleibt ihm nichts übrig, als

2*do*. ein von einem protestantischen Ministerio abverlangtes fähiges Subjekt der betreffenden Gemeinde anzuweisen, und sich nach der Possession des anni normalis sowohl in der Einweisung, als Bestättigung zu benehmen, so wie es eben von den *juribus præsentandi*, *visitandi*, *inspectionis confirmandi* &c. *seu annexis religionis* der Friedensschluß *Art. c.* §. 26. 31. und 32. ausweiset.

§. 10.

§. 10.

Alles kömmt hiebey auf den Besitzstand des anni normalis in dem Fall an, daß auch der katholische Bischof einige von obangezeigten Befugnissen hergebracht hat; Er kann aber auch von den juribus honorificis Patroni ein mehrers niemals nachsuchen, als der Besitzstand des Entscheidjahrs ihm gewährt.

Der Unterschied der Religion macht hier nichts zur Sache, sondern es beruht lediglich darauf, *ne Episcopus catholicus Aug. Conf. addictis nil religioni ipsorum contrarium admittat*, welches eben das ist, was der Freyherr von Cramer in seinen Nebenstunden Th. 17. S. 57. schreibt: Sit quidem catholicis Patronis jus patronatus in ecclesiis A. C. *per instrum. pacis* sartum tectumque velitum, modo patronus pontificiæ religionis in ecclesia lutherana, vel reformata non suæ religionis socium, sed candidatum eorundem sacrorum cum parochialibus præsentet.

Was nun bey dem Anstellungsfalle eines Pastoris ordinarii zu beobachten, dieses tritt auch in außerordentlichen Fällen bey den Substitutis ein.

Es

Es hat eben der Freyherr von Cramer in seinen *Observ. Jur. univ.*

Tom. II. P. II. p. 19.

in einem andern die Abtey St. Maximin zu Trier contra die Wild- und Rheingrafen zu Grumbach in Camera imper. puncto juris patronatus erörterten Rechtsfalle des umständlichen dargethan, wie das Jus nominandi und præsentandi bey einem Patrono ecclesiæ von einander können getrennt seyn, welches auch gemeiniglich zutrift, wenn katholisch-geistliche Fürsten in territorio eines Landesherrn A. C. das leere Patronat-Recht (welches eigentlich das *minus plenum* ist) hergebracht, die übrige annexa aber der dominus territorialis zu vollführen hat. In diesem Falle, wo das Jus Patronatus quoad effectus dermasen getrennet, und durch den Besitzstand des anni normalis jeder Theil zu Ausübung seiner Rechtsbefugnisse angewiesen ist, kann der Patronus relig. cathol. auch in allen und jeden Substitutions-Fällen nichts verfügen, weil die Substitutio eines Ministri immer res ordinarii verbleibt, und der Landesherr A. C. tanquam episcopus dießfalls nicht deterioris conditionis, dann der ordinarius religionis catholicæ seyn kann.

§. 11.

§. 11.

Wir sind also bey dem von Jenensibus erledigten Rechtsfalle zwar keiner gänzlich entgegengesetzten Meynung, sondern das ganze beruht nur darinn, daß die Substitutio in ordentlichen und außerordentlichen Fällen den Patronum niemals etwas angehe, sondern solches als ein effectus juris patronatus *pleni* & *veri* anzusehen, somit forthin eine res ordinarii sey, wodurch den juribus patroni ordinarii Abbruch, Eintrag oder Präjudiz zugefügt werde, sondern seine Befugniß immer in salvo bleibe.

Es schreibt auch Leyser solches in seinen *Meditat. ad Pand.*

Tom. X. p. 738. n. 47.

jus patronatus magis competere possessori prædii nobilis, quam episcopo & principi. Dieses bewährt auch ein von ihme

l. c. p. 739.

angeführtes Responsum der Helmstädter Juristen-Facultät ab A. 1716. des Inhalts:

„Es beschwert sich Kläger, daß Beklagter „von der wegen des Juris Patronatus über Körbeliz angestellten Klage losgesprochen worden, da „doch Königliche Majestät, als Landesherr und „Archiepiscopus die rechtliche Präsumtion vor

„sich

„sich habe; alldieweilen aber die Präsumtion, ob „sey in dubio der Bischof oder Landesherr pro „Patrono zu achten, zwar, so viel das Patro-„natus *majus superius* und *regium* betrift, ihre „Richtigkeit hat, hingegen bey dem Jure Patro-„natus *minori*, *inferiori* und *vulgari*, davon „allhier der Stritt ist, keine statt hat, als wel-„ches in ecclesia non libera viel eher dem **Ei-„genthümer des Orts** zuzustehen vermuthet „wird."

§. 12.

Die Ausführung der wichtigen Frage: **Wer nun in Patronats-Strittigkeiten besonders zwischen Herren** *utriusque religionis judex competens* sey? werden wir einem andern Rechts-falle beyfügen, immittelst deßhalben unsere Leser zur Zeit auf Strubens Rechtliche Bedenken

Tom. I. S. 41. n. 14.

hinweisen, wiewohl aus solchen eben die An-stände in Ansehung des Religions-Unterschieds nicht genüglich zu ermäßigen sind.

* *
*

III. Von

III.

Von der Wirkung einer Klage in puncto fractæ pacis publicæ wegen unternommener Gegenpfändung.

Aus *Meichsneri* Decisionum in camera imperiali judicatarum. Tom. I. Lib. I. Dec. I. p. 1 - 17.

Summaria.

1) Actio in puncto fractæ pacis publicæ instituta non semper sortitur eundem effectum, quem intendit Actor,

2) Præsertim, si reus factum necessitate mutuæ pignorationis excusare potest.

§. 1.

Die alte Art, nach welcher mit articulirten Libellen in Camera imperiali von Partheyen gehandelt wurde, verstellte für die Nachkommenschaft den Geschichtshergang der sich ergebenen Vorfällen so sehr, daß es einem Rechtsgelehrten nicht geringe Schwierigkeiten verursacht, das Faktum nur nach den eigentlichen Umständen darzustellen, und gemeinnützig zu machen.

Meichsners angezogene Rechtsfälle, welche wir der Anzeige nach in kurzen Auszügen nebst

nebst Beyfügung der Kameral-Erkenntnisse liefern werden, sind eben nach der alten Verfahrungsart abgefaßt, und halten den Leser unnöthigerdingen auf. Wer in Reichs-Prozessen arbeitet, sucht Präjudizien, und, wenn er diese findet, wird ihn ein kurz gestelltes Faktum immer begnügen.

§. 2.

Der erste Rechtsfall der Meichsnerischen Kameral-Entscheide betrifft das Gesuch eines Pönalmandats in Landfried-Bruchssachen, und verhielt sich folgendermasen:

Das Kloster Nabor hatte von unfürdenklichen Zeiten her sein eigen Gericht und Bann sowohl in dem Kloster als andern Gütern gehabt. Unter diesen befand sich auch der Buschbronner-Bann, welcher mit all seinen inliegenden Dörfern, Wäldern und Zugehörungen dem Kloster zuständig war; das Kloster übte nicht nur ausschliessend den Bann und hohe Gerichtsbarkeit aus, sondern war auch eben deßwegen berechtiget, das Gericht alleinig zu setzen und abzusetzen.

§. 3.

In Verfolg dieser Gerechtsame strafte der Herr Abt in der Mitte des 16ten Jahrhunderts einige

den Grafen zu Greichingen angehörige Unterthanen, welche sich Holzfrevel in den Klosterwaldungen zur Last gelegt, und behielt sie auch so lange in Arrest, bis ihr Strafgeld erlegt war.

§. 4.

Die Grafen, welche behaupteten, daß ihnen die Centen in dem Buschbonner Bezirke zuständig seyen, fanden sich durch die von Seiten des Klosters beschehene Bestrafung beleidigt, und nahmen nicht nur einige Unterthanen des Klosters hinweg, sondern fielen auch selbsten in dasselbe mit bewöhrter Mannschaft ein, und führten 15 Stück Vieh mit sich fort, welche sie auch zu Indemnisirung ihrer Unterthanen verkaufen ließen.

§. 5.

Dieser dem Kloster empfindliche Ueberfall und eigenmächtige Gegenpfändung nöthigte den Herrn Abten in Camera imperiali ein Mandatum pœnale in puncto fractæ pacis publicæ nachzusuchen.

Er erhielt solches auch gegen die Grafen; da aber diese demselben nicht Folge leisteten, und ihre Defensionalhandlung in Belang des angeschuldeten Landfried-Bruchs und ergangenen Man-

Mandati einbrachten, und jenen so ziemlich von sich ableinten, ergieng deßwegen nachstehende

Sententia.

„In angemaßter Landfriedbrüchiger Sache „Abts, Priors und Convents des Klosters Na„bor, Kläger eines, wider die Herren Grafen „zu Greichingen und Consort, in actis benannt, „andern Theils, ist allem Vorbringen nach zu „Recht erkannt, daß ermeldte Beklagte von an„gestellter Klage des Landfriedbruchs zu absolvi„ren und zu erledigen seyen; als wir sie auch da„von absolviren und erledigen.

„Ferners zwischen ermeldten Partheyen und „in Sachen Mandati ist gleichfalls allem An„bringen nach zu Recht erkannt, daß gedachte Be„klagte in die Pön dem ausgegangenen, verkündeten „und reproducirten K. Mandat einverleibt, noch zur „Zeit nicht zu erklären, sondern denselben in Zeit „zwey Monat, so ihnen von Amts wegen hiemit „angesezt, nochmalen gehorsamlich geloben sollen, „mit dem Anhang, wo sie demselben nicht nach„kommen werden, daß sie jezt als dann, und „dann als jezt in die Pön berührten Kays. Man„dats einverleibt hiemit erklärt, ferner Prozeß „erkannt, daß sie ihrem Gegentheile die Gerichts„kosten derowegen aufgeloffen, nach rechtlicher

„Ermäßigung zu entrichten und zu bezahlen schul„dig seyn sollen, doch ihn, den Beklagten all „ihre Sprüch und Forderung gegen ermeldten „Klägern gebührlicher Weise vorzubringen, und „vorbehalten die Gerichtskosten derentwegen auf„geloffen, aus bewegenden Ursachen gegen ein„ander compensirend und vergleichend.

Zusätze.

Summaria.

1) *Etiamsi pax publica variis modis lædatur, tamen ad fundandam actionem omnia ejus requisita adesse debent.*

2) *Præsumtio doli mali seu propositi de non offendendo non nocet reo, cum probari possit, quod vis solummodo pro conservando jure & possessione adhibita fuerit.*

§. 1.

Es ist zwar aus den Reichsakten eine längst erwiesene Sache, daß sich einer des Landfriedbruchs schuldig, und dessen einverleibter Strafe heilhaftig macht, wenn er sich committendo aut omittendo, mit- oder ohne Waffen nur gegen das Friedensgesetz verfehlet, und in dieser Rücksicht wäre zu vermuthen gewesen, daß das

Reichs-

Reichs-Kammergericht auch in vorgesetztem Falle die Grafen von Greichingen in die Strafe des verwürkten Landfriedbruchs hätte condemniren können.

Pütteri Introductio ad rem Judiciariam Imperii cap. VI. *de constitutionibus* §. 326.

Allein, es bewährt der Verfolg, daß die Herren Grafen von dieser Klage freygesprochen worden.

Meichsner hat zwar weder die Ursachen dieser Lossprechung, noch weniger die Kameralrelation beygefügt, aus welcher man solche hätte ersehen können.

Es scheint aber, daß das Reichs-Kammergericht auch schon in ältern Zeiten angefangen, mit den geschärften Strafgebothen in denen, den Landfriedbruch, betreffenden, und nicht hinlänglich erwiesenen Klagsachen an sich zu halten, sobald die Landfriedbrüche nicht mehr so stark im Schwange giengen; zudem, wie **Moser** in seiner

Einleitung zum Reichs-Hofrathsprozeß Th. 3. S. 405.

schreibt, „so sind in den größten Landfriedbruch-„Sachen, wovon er die wichtigsten Beyspiele „wegen **Würtemberg**, Sachsen, **Pfalz**, „**Mecklenburg** anführt, immerhin so viele „politische Umstände mit unterloffen, welche dem

„Gesetze wenigstens in Ansehung der Wirkung „Einhalt gethan haben.

§. 2.

Zu dem gemäßigten Gebrauche der Mandate in Landfriedbruchs-Klagen trug freylich am meisten bey, daß man bey nach und nach mehr verspürter Ruhe in Teutschland die Requisita genauer geprüft, welche zu Anstellung dieser Klage erfodert würden, als wozu nach dem Reichsabschied von 1594. bekanntermasen unumgänglich gehört, 1) *ut vis publica sit illata*, 2) *armata manu*, 3) *dolo malo seu offendendi proposito*.

Gail de pace publ. lib. 1. cap. 7.
Roding pand. cam. lib. 1. tit. 7. §. 67. p. 85. seq.
Ludolf jus camer. Sect. 1. §. 5. n. 8. p. 39.

§. 3.

Nun mag in der Klagsache des Klosters Nabor das dritte requisitum wegen dem dolo malo seu offendendi proposito dennoch nicht der Gebühr nach erwiesen worden seyn, weil die Herren Grafen, durch die einigen ihrer Unterthanen beschehene Mißhandlung, zu dem Einfall in das Kloster veranlasset worden, wodurch sich der dolus malus um so mehr gehoben,

ben, als die Herren Grafen in dem Buschbonner-Bezirk die Centen hergebracht zu haben, vorgegeben.

Zu dem kömmt noch, daß die Herrn Grafen in ihren Defensionalien den Herrn Abt gleichsam auf die Pfandungs-Constitution reconvenirt (wiewohl in causis fractæ pacis publicæ keine Widerklage statt findet) und hiedurch die Lossprechung von der Landfriedbruchs-Klage bezielet, indem, wie der Freyherr **von Cramer** in seinen *Observationibus J. U.*

Tom. 3. p. 550.

schreibt: die Pfändungen pro conservando jure & possessione in Germania aufgenommen und gutgeheissen sind, mit welchem auch

Carpzov P 2. c. 27. def. 3. und
Lyncker resp. 179. n. 9.

übereinkommen, wenn immer kein spolium unterläuft, wovon sich sagen läßt, *quod quis inique possessione sua dejectus sit.*

§. 4.

Es läßt sich hiemit allerdings aus diesem Rechtsfalle die Schlußfolge ziehen, daß man mit der Klage in puncto fractæ pacis publicæ nicht wohl gegen denjenigen auslangen möge, der auf einer vorhergängigen von dem Kläger verfüg-

ten rechtmäsigen Bestrafung eine Gegenpfändung vorgenommen, da die Untersuchung der Gegenpfändung, ob solche jure vel injuria geschehen, immer altioris indaginis ist, und allererst tanquam punctus causalium erwiesen werden muß. Es würde dahero der Herr Abt die Citation auf die Pfandungs-Constitution füglicher gewählt, und auch mit dieser das nämliche bezielt haben.

§. 5.

Es bleibt aber bey diesem Falle in Ansehung des Mandati eine Bemerkung zu machen übrig, daß die Herren Grafen dennoch in dem Punkte der ablatorum sachfällig erklärt, und dem Herrn Abt das Recht die Holzfrevler zu bestrafen, zuerkannt worden.

Das Recht, die Waldfrevel zu bestrafen, fließt aus der Forst- und Wildbahns-Gerechtigkeit, und steht mit der Centen eigentlich in keinem Verband, weil der Wald-Eigenthumsherr die Holzfrevel, der Jagdherr die Jagdfrevel bestrafen, und der Centherr dennoch die fraischliche Gerichtsbarkeit ausüben kann, ohne daß letzterer sich des einten oder des andern von jenen Gerechtsamen anzumaßen befugt ist, welches wir als

eine

eine ohnehin Reichskundige Sache bey einem schicklichern Vorfalle mehrers ausführen werden.

Der Herr Abt konnte also vermöge des Wildbahns und der Forstlichkeit die Holzfrevler gar wohl zur Strafe ziehen, ohne daß der Centgerechtigkeit der Beklagten Herren Grafen hiedurch ein Abbruch beschah, und deswegen wurden letztere auch mit Recht zur Restitution der ablatorum und dem Ersatz des zugefügten Schadens condemnirt, ohne daß deßwegen nach der Citation in puncto fractæ pacis zu verfahren nöthig war.

Es findet daher der Satz seine volle Anwendung, den Gylmann in seinen *Symphoremat. Supplicationum cameralium*

Tom. III. p. 247.

aufstellt, da er schreibt: Dolo in pace publica non manifesto probato, sed tantum per circumstantias, tunc banni pœna non infligatur, sed, arbitrio judicis moderata, commutetur in pœnam pecuniariam: wie es in den Rechtsfällen Waldeck contra Baiern, Oettingen contra Brandenbnrg, Straßburg contra Hanau, Eberstein contra Dietz, Wißbeck contra Pfalz, Stralendorf contra Pleßen, und Flensheim contra Dietz geschehen ist.

 §. 6.

§. 6.

Wenn auch die Klage ex constitutione fractæ pacis am heftigsten von der einten Seite gegen den Beklagten verfolgt worden, so hat das Reichs-Kammergericht schon in ältern Zeiten die Wirkung ziemlich gemäßigt, und in Vorfallenheiten, wo auch Todtschläge erfolgt sind, immer hierauf gesehen, ob ein wahrer Dolus bey dem Ueberfall unterlaufen, ob solcher hinlänglich erwiesen, oder nicht etwa durch die Verfolgung gewisser bekränkten Gerechtsame, oder eines Besitzstandes in sich selbst entschuldigt seyn dürfte.

In Camera ward, so viel sich aus den angeführten Votis ersehen läßt, immer der Grundsatz beybehalten, dessen *Marantus*

in part. 4. decis. 1. n. 58.

erwähnt: In quæstione facti non præsumtionibus contra reum vel accusatum de dolo, sed perspicuis & liquidissimis agendum esse, cum facta, præsertim ea, quæ in animo consistunt, non facile præsumantur, & sic existimari ad condemnandum reum banni non sufficere probationem doli ex judiciis & præsumtionibus, sed ad hoc requiri *verissimi* & *manifestissimi doli* non *præsumti probationem omni exceptione majorem*.

Wir

Wir wollen zu Bestättigung dessen eben aus *Gylmanni* obangezogenem Symphoremate supplicationum

Tom. I. vot. 3. p, 55.

noch einer Kameral-Urthel erwähnen, die nachfolgenden Innhalts ergieng:

Sententia.

„In Sachen Herrn W. Grafen zu W. wi„der die von Burn, fractæ pacis, ist allem „Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß aus „bewegenden Ursachen die gedachte Beklagte in „die gemeine Pön des Kaiserl. Land-Frie„dens, nämlich der Acht, nicht, sondern „um ihr angezogener und geübter Verhandlung „willen dem Kaiserl. Fisco und ermeldtem Klä„ger in eine Geld-Pön, die auf 40 Mark löthi„gen Golds hiemit gemäßigt, zu erklären und „zu verdammen seyen; als wir hiemit sie auch „erklären und verdammen, und erkennen, daß „sie den halben Theil ermeldtem Fisco, und den „andern Theil beklagtem Grafen halb, und halb „den Dorfleuten zu J. . . darzu die Gerichtsko„sten derwegen aufgeloffen, auf rechtliche Mäßi„gung zu bezahlen und zu entrichten schuldig seyen.

„Ferner zwischen ermeldten Partheyen in „puncto mandati ist gleichfalls allem Fürbrin-

„gen

„gen nach zu Recht erkannt, daß gedachte Be„klagte in die Pön ausgegangenen und wieder „eingebrachten Mandats noch zur Zeit nicht zu „erklären, sondern demselben in sechs Wochen, „den nächsten, so ihm von Amts wegen hiemit „angesetzt, bey Pön darinn bestimmt, mit wirk„licher Zustellung des abgenommenen und ent„wendeten Viehes oder des billigen Werths da„für, sammt derowegen erlittenen Schadens und „Interesse nochmals zu gehorsamen, und zu ge„leben, dazu ihrem Gegentheil die Gerichtskosten „derowegen aufgelaufen, nach rechtlicher Ermä„sigung zu entrichten und zu bezahlen schuldig „seyn sollen.

§. 7.

Manchmal wird auf die von dem Kläger ex constitutione fractæ pacis intendirte Pönal-Klage gar keine Rücksicht genommen, sondern nur auf den Schadens-Ersatz und die Restitution der Ablatorum sententionirt, welches eine in *Gylmanni* Symphor. Supplicat. cameral.

Tom. I. vot. 7. p. 47.

enthaltene anderweitere Kameral-Urthel bestättiget.

Senten-

Sententia.

„In Sachen Herrn zu N. contra illustrem „N. . . ist allem Fürbringen und nach erstattetem Eid zu Recht erkannt, daß gedachten Herren „N. und derselben Anverwandten und Zugehörigen nicht gebühret habe, dem Herrn Kläger die „vier Wägen sammt den 16 Pferden, auch seine „Haab und Güter, so er darauf gehabt, in „währendem Stillstand gegen N. einzutreiben, „zu nehmen und zu gebrauchen, und daß derhalben gemeldter Herr N. dem Kläger dafür 1400 „fl. Rheinisch zu entrichten, und zu bezahlen „schuldig, compensatis expensis.

Insgemein werden in derley Prozessen, besonders wo gewaltsame Abpfändungen mit unterlaufen, die actiones ex constitutione fractæ pacis, und der Pfandungs-Constitution miteinander zum Theil cumulirt, zum Theil so verworren angebracht, daß es dem Sachwalter immer fürträglicher wäre, mehr auf diese als auf jene seine Força zu setzen, und letztere nur in dem seltensten Falle zu wählen.

IV. Von

IV.

Von der den Erben obliegenden Verbindlichkeit, die Interesse moræ zu bezahlen.

Aus *Meichsneri* Decisionum in Camera judicatarum. Tom. I. Lib. I. decis. 2. p. 18-20.

Summaria.

1) Condictio certi ex mutuo tanquam actio personalis ad hæredes tam active quam passive transit ex quacunque conventione & obligatione.

2) Contra apocham ex omni parte confessatam non currit præscriptio.

3) Etiamsi inventario hæredum non fuerit inserta, hæredes tamen ad solvendum tenentur, quia confessio proprii inventarii non liberat a debiti solutione.

4) Ubi certum petitur, interesse moræ in strictis judiciis debentur: cum solvendæ hæredibus sint, etiam ille præstet eas defuncti creditoribus.

§. 1.

Philipp, Graf von Rieneck, ward A. 1534. Martin Metzelen, Burgern zu Ochsenfurth, 200 fl.

200 fl. baar gelehntes Geld mit der Versicherung schuldig geworden, solche auf Bartholomäi oder längstens Michaelis gehenden Jahres wiederum anheim zu zahlen, wie solches der hierüber ausgestellte klare Schuldschein bewährte.

§. 2.

Graf von Rieneck gieng immittelst mit Tode ab, ohne diesen Schuldposten mehrmalig beschehener Anmahnung unerachtet abzuführen. Endlich verstarb auch der Gläubiger, und dessen Erben brachten nach langer Zeit in Erfahrung, daß Anton Grafen von Ysenburgs Söhne, als Erben, die Rieneckische Güter in Besitz genommen; sie suchten die Abführung der Schuld auch bey diesen Erben, wiewohl immer fruchtlos, nach.

§. 3.

Die Metzlenischen Erben klagten die Schuld endlich, nachdem die unentrichtet-gewordene Zinse sehr hoch aufgeschwollen, bey dem Reichs-Kammergericht ein, und suchten nicht nur das Kapital, sondern auch die Interesse a tempore moræ um so mehr nach, als die Rieneckische Erben alle Schulden & onera hæreditaria erweißlichermasen auf sich genommen.

§. 4.

§. 4.

Sie bezielten die nachgesuchte Citation, und beklagte gräfliche Erben wußten außer der Verjährung, dann, daß die eingeklagte Schuld nicht in dem confessirten Inventario aufgezeichnet gewesen, excipiendo nichts beyzubringen, deßwegen ergieng die Kameral-

Sentenz

dahin:

„daß die Rieneckische Erben die eingeklagte „Summe von 200 fl. nebst dem aufgeloffenen „Interesse moræ und sonstigen Schäden zu „erstatten schuldig und gehalten seyn sollen.

§. 5.

Die in dem Voto Referentis enthaltene Entscheidungsgründe bestunden fürnehmlich darinn:

1*mo*. Die angestellte Condictio certi ex mutuo ist eine actio personalis, quæ transit in hæredes active & passive, & competit ex omni causa, conventione & obligatione, ubicunque certum petitur

L. *certi condictio* ff.

§. 6.

2*do*. Den angeführten Schuldschein konnten die beklagte Erben nicht mißkennen, auf die

es

es eigentlich ankam; die entgegengesetzte Verjährung und Confession des Inventariums verdienten keine Rücksicht.

Dann die Verjährung, wo bona fides fehlt, ist ohne Grund, weil der Schuldschein solche forthin tacite interpellirt: und die Conscription, wie auch Confession proprii Inventarii befreyt den Erben von Bezahlung liquider Schulden keineswegs.

L. *scimus* C. de *jure delib.*

§. 7.

3*tio*. Was also den Punkt der Interesse moræ noch anbelangte, so war bekannten Rechtens, quod interesse in strictis judiciis a tempore moræ debeantur.

L. *Lecta si certum petatur ff.*

und es hat hiebey auch seine richtige Bestimmung, daß die mora sowohl active als passive auf die Erben gehe, mithin wie sie denselben zum Nutzen kommt, so fällt sie auch ihnen zur Last:

L. *mora* & L. *si servus* ff.

alles, was hiebey dem officio & arbitrio judicis obliegt, beruht bloß noch darinn, daß die Zinse der Landesgewohnheit, und der Schuldverschreibung gemäß prästirt, auch die Schäden richterlicher Ermäßigung nach moderirt werden.

Zusätze.

Summaria.

1) *Juxta leges imperii novissimas in specie recessum deputationis de A.* 1600. *& praxin usuræ moræ tanquam ex contractu stricti juris ab hæredibus debitoris præstandæ sunt.*

2) *Præsertim, quotiescunque promissæ, & termini solutionis præfixi fuerunt.*

3) *Ad præstandas usuras moræ tenetur creditor, sin tantummodo indirecte eam causaverit;*

4) *Pro supplemento etiam judex aut ipsius dominus, imo unusquisque conveniri potest, qui culpa sua alterum ne pecunia sua uteretur, impedivit, &, quamvis ipse ea usus non sit, tamen in usuras condemnatur.*

§. 1.

Der Entscheid, so in der Rieneckischen Schuldsache gefällt worden, hat schon das præjudicium authoritatis vor sich, und entübriget uns seiner Rechtsbeständigkeit halber aller weiterer Bemerkungen. Alles, was sich beynahe noch sagen läßt, zielt auf einige Erläuterung ab, in wie

ferne

ferne auch die heutige Praxis den ältern Kameral-Judicatis beytrette.

§. 2.

Es entstund die Frage: ob *per actiones stricti juris*, (dergleichen die angestellte Klage *ex mutuo* war) auch *usuræ ex mora* anverlangt werden können?

Diejenige, welche ad negativam gehen, gründen sich in dem römischen Rechte, nach welchem es wohl ausgemacht, quod usuræ ex negotiis stricti juris non debeantur, ne quidem post litem contestatam.

Die Gegenparthie aber, so es affirmirt, beziehet sich auf den *Recessum Deputationis* de A. 1600. in welchem

§. 139. so viel nun ꝛc.

klar verordnet worden, daß auch in mutuo ex mora usuræ entrichtet werden sollen, und zwar wie das mutuum ein negotium stricti juris ist, so müßten auch alle übrige negotia stricti juris hierauf extendirt werden.

§. 3.

Die Meynung der ersteren, sagt der Freyherr von Cramer in seinen *observationibus J. U.* Tom. III. pag. 445.

dürfte nun bessern Grund haben, weil dictus recessus deputationis bloß de mutuo redet, und tanquam lex correctoria ultra expressam dispositionem auf die übrige negotia stricti juris nicht wohl gezogen werden mag.

Da aber gleichwohl die Meynung der Affirmanten pro communiori zu halten, und in praxi adoptirt ist, so tritt man selbiger um so ehender bey, als annebst die Doctrina Juris Romani, quod nempe in negotiis bonæ fidei ex mora debeantur usuræ, *in strictis Juris non item*, keinen sonderlichen Grund in dem Naturrecht hat. Es hat hiemit wenigstens nach den Reichsgesetzen seine unläugbare Richtigkeit, daß ex mutuo interesse moræ müssen prästirt werden.

§. 4.

Es müssen also auch Zinse, wann sie schon nicht versprochen worden, zwar nicht von dem Tage an bezahlt werden, wo man das Anlehen erhalten, sondern a die moræ, nämlich in vorausgesetztem Falle von dem St. Bartholomäi-Tag an, auf welchen die Rieneckische Schuld abzuledigen versichert wurde.

Der Deputations-Abschied l. c. bewährt solches mit andern Reichsgesetzen, daß, wo keine

Zin=

Zinsen bey einem Anlehen versprochen worden, solche auch nicht bezahlt werden, außer nur von der Zeit an, auf welche die nicht erfolgte Heimzahlung versichert worden.

Dieses erweiset die Helmstädter Juristen-Fakultät in einem Responso bey Leyser in seinen Meditationen

Tom. II. p. 633.

in welchem es heißt:

„Das dritte wegen der Zinsen gemachte Gra-
„vamen, und der darüber deferirte Eid fällt
„hinweg, da Kläger bereits ad punctum 5.
„eidlich ausgesagt, es wären ihm niemalen
„Zinsen abgefordert worden, auch hätte er die-
„selben niemals versprochen, hingegegen aus
„den Rechten bekannt, daß in mutuo und
„andern Kontrakten keine Zinse ohne ein an-
„ders vorhergehendes *pactum* oder *mora*
„gefordert werden können.

§. 5.

Die Zinszahlung ist also entweder wegen einem vorhergehenden Kontrakt oder wegen der mora zu prästiren: dann sobald die Billigkeit zum alleinigen Grund der Zinszahlung gewählt werden sollte, so würde es nicht nur um das bür-

gerliche Recht, sondern gar um Treue und Glauben geschehen seyn.

Die natürliche Billigkeit giebt nur den Grund zu dem, was das Jus strictum dießfalls gebiethet, und somit schlägt also auch dasjenige hier an, was der Freyherr **von Cramer**

l. c. Tom. IV. pag. 748.

von dem Interesse ex mora schreibt:

„ist bekannten Rechtens, daß usuræ nicht nur „alsdann, wenn solche expresse stipulirt, oder „terminus solutionis bestimmt worden, sondern auch in allen übrigen Fällen, velut ex „mora in re restituenda commissa ersetzt „werden müssen. Ja, pactum, mora, æqui-„tas sind die Quellen, woraus usuræ fließen, „ita, ut interdum sine pacto & mora, ex „sola æquitate debeantur.

Betrachten wir aber diesen allerdings bewährten Satz, daß Zinse ohne Rücksicht eines pacti oder moræ, nach der bloßen Billigkeit als einer ursprünglichen Eigenschaft, schon bezahlt werden sollten, so zerfällt ja die verworren und unbillige Lehre, so uns die Canonisten aufdringen wollen, ohnehin, und der bekannte Rechtssatz, quod usuræ in mutuo utpote contractu stricti juris prä-

prästirt werden müssen, erhält hierdurch um so gewisser seine volle Rechtskraft.

§. 6.

Wir erwähnen hiebey noch einer, mit vorstehenden Bemerkungen, in etwas zusammenhängenden Frage: Wenn der Debitor in mora der Zinßzahlung gewesen, und die Sache deßwegen gerichtshängig geworden, die Zinse aber allda hinterlegt, wegen verschiedenen Anständen hingegen, den Creditoribus nicht ausbezahlt werden konnten, ob auch diese mora von dem Debitore zu prästiren?

Die Helmstädter Juristen-Fakultät gab in einem bey *Leysero*

l. c. Tom. IV. p. 864.

befindlichen Responso über diese Frage den Rechtsentscheid dahin:

„Es ist (heißt es) am 7ten Merz, 1719. „erkannt worden, daß die zum Süringischen „Concurse gehörige und gerichtlich niedergelegte Gelder dem Kläger abgefolgt werden „sollten, und Beklagter schuldig sey, demselben die Zinse von der Zeit an, da er die Deposition gesucht, wie auch die verursachte Ko„sten zu bezahlen; hierüber beschweret sich nun

 „der

„der Beklagte, und führt statt der gravaminum an, es sey die Deposition der strittigen „Gelder auf obrigkeitlichen Befehl geschehen, „diesemnach ihm nicht beyzumessen: ferner, „wären solche Gelder ihm nicht zu Gute gekommen, auch ungeachtet er darum angesucht, „nicht abgefolgt worden, mithin könne ihm „selbige zu verzinsen keineswegs zugemuthet „werden, denn er habe verosimilem causam „vor sich gehabt.

„Alldieweil aber der obrigkeitliche Befehl „durch Beklagtens ungegründete Vorstellung „ausgewürket worden, also demselben nicht „zu statten kommen mag, weiter, Beklagter „nicht deßhalben, daß er die deponirte Gelder „genutzt, sondern weil sie durch sein factum „dem Kläger, dem sie gebühret, vorenthalten „worden, selbigem die Zinse bezahlen muß; „immaßen auch keine verosimilis causa auf „Seiten des Beklagten vorhanden, indem derselbe, wenn er ein wenig genauer die Sache „einsehen wollen, gleich würde gefunden haben, daß die arrestirte Gelder dem Kläger zuständen, so sind wir vorigen Bescheid zu „bestättigen und Beklagten abermals in die „Unkosten zu verurtheilen bewogen worden.

Es

Es bleibt dahero als ein in praxi durchgängig angenommener Satz: quod unusquisque, qui dolo, vel culpa sua alterum, ne pecunia sua uteretur, impedivit, etsi ea usus non sit, tamen in usuras condemnatur.

§. 7.

Wir halten dafür, daß weil die condictio certi ex mutuo einmal ihrer Natur nach ad processum ordinarium gehört, es in vorstehender Frage hierauf ankomme, ob die dem Kläger zu Schaden gehende mora directe vel indirecte von dem Facto des Beklagten herrühre? erwahret sich eines oder das andere, so waltet gar kein Zweifel ob, daß nicht der Beklagte die Interesse cujuscunque etiam moræ dem Kläger zu prästiren schuldig sey, da bekannten Rechtens, quod usuræ ex mora etiam pendente appellatione frustratoria currant.

ff. 42. t. 1. l. 64.

Zeigt sich aber, daß der Beklagte weder directe noch indirecte an der mora schuldig, sondern solche durch das Richteramt veranlasset worden, so kann auch dieses in quantum interest, pro supplemento convenirt werden. Freylich mag allen Partheyen gut gerathen seyn, diesen Schritt, wenn es nicht ein beträchtliches antrifft,

oder die mora nicht manifeste zu dociren ist, nicht zu wagen.

Soferne aber weder dem Beklagten noch dem Richter die mora zur Last fällt, sondern solche durch die Herrschaft veranlaßt wird, so ist diese gehalten, pro supplemento den Kläger schadlos zu stellen, wie wir an einer andern Stelle von Regreß-Klagen erörtern werden.

§. 8.

Unter allen Schriften, die uns von den usuris, in so weit solche ex mora prästirt werden sollen, zu Gesicht gekommen, mögen *Heningii Bœhmeri* Dissertatio *de fundamento usurarum mutuat.* Halæ 1728. und die gelehrte Abhandlung eines Hohmann, *an usuræ ex mutuo, non tantum ex pacto & mora, sed & propter naturam contractus solvendæ sint.* Lipsiæ 1720. der Eingangs erwähnten Frage am nächsten gehen.

Von beyden wird dafürgehalten, daß die Erben des Debitoris die Interesse ex mora eben auch der Ursachen halber zu entrichten haben, weil ihnen die Commoda hæreditatis zugefallen, dahero auch die onera obliegen.

Böhmer insonderheit bezieht sich auf die Lehre des *Blumii*

tit. 34. n. 105.

wel-

welcher schreibt: nunquam usuras aliter *in camera* creditoribus adjudicari, nisi *a tempore moræ*, hasque etiam *a debitorum hæredibus* præstandas esse.

Wir könnten aus *Gylmanni* Symphorematibus supplicationum cameralium diese Sentenz noch mit sehr vielen ältern præjudiciis beståttigen, wenn dieser Rechtsfall unsrer Ermäßigung nach nicht schon durch die beygefügte Zusätze und die heutige allgemeine Observanz sehr klar erläutert wäre.

In causis illustrium familiarium, in denen von besondern mißgünstigen Hausgesetzen sowohl die natürliche Billigkeit, als die gemeine Rechte in dem Punkt des Schulden-Abledigungswesens öfters gleichsam über den Haufen geworfen werden, hält es freylich mit Zinszahlungen so hart, daß die bedrängte Gläubiger öfters sich mit einem aversionale schon an der Hauptschuld begnügen müssen. Selbst die höchste Reichsgerichte können nicht allzeit den nach Gerechtigkeits-Pflege sich öfters durch ein Jahrhundert sehnenden Gläubigern solche nach Wunsch widerfahren lassen. — —

Große Herren wissen es zwar, und haben das Beyspiel an sich selbst, wie billig sie in Abledigung

über-

übernommener Schulden denken, sie hören täglich die erbärmliche Stimme des durch ihre Billigkeit fast ganz verarmten Gläubigers.

Allein, diese Anmerkung dürfte in dem Rechtsfalle, wo de factis antecessorum præstandis vel non præstandis, und in specie von dem Reichsständischen Schuldwesen die Frage seyn wird, einen schicklichern Platz finden.

V.

Von der heutigen unfüglichen Anwendung der ehemaligen Lehre des meri & mixti imperii.

Aus *Meichsneri* Decis. in camera judic. Tom. I. lib. I. decis. III. p. 22 - 26.

Summaria.

1) Interdicto uti possidetis agens, probare debet se bona fide possedisse.

2) Merum imperium non nunquam jurisdictionem territorialem adhuc sæculo XVI. denotabat.

3) Ab actu jurisdictionis mixti imperii, non poterat concludi.

4) Hinc probans titulum possessionis antiquæ, etiam hodie possidere præsumitur,

tur, quia actus clandestini non tribuunt jurisdictionem.

§. 1.

In der Mitte des XVI. Jahrhunderts verfiel Anton Graf von Fugger zu Oberndorf mit dem Abt des Reichsstifts Kaisersheim wegen der Dorfsherrlichkeit zu Jenkreichingen in weitläufige Irrungen, da letzterer dem Grafen in gedachtem Dorfe solche nicht eingestehen wollte.

§. 2.

Die Zudringlichkeit des Abten nöthigte den Grafen, die Sache bey dem Reichs-Kammergericht vi interdicti uti possidetis um so mehr einzuklagen, als er sich von ältesten Zeiten her in dem ruhigen Besitze vel quasi der hohen Gerichtsbarkeit in gedachtem Dorfe, welches zu dem Oberdorfer Bezirke gehörte, befunden hatte.

§. 3.

Es hat auch Graf Fugger in seinem Klag-Libell erwiesen, daß Oberndorf und Jengereiching von der ersten Aquisitions-Zeit an, unter seiner Bothmäsigkeit, und (wie man sich ausdrückte) *mero imperio* gestanden sey, er wußte auch mit zwanzig Gezeugen seinen dießfallsigen Besitzstand

in der Maße darzuthun, daß die Besitzere der Herrschaft Oberndorf jederzeit die hohe Gerichtsbarkeit, und alle actus meri imperii daselbst ausgeübt hätten.

Beklagter Seits konnte der Besitzstand des Klägers nicht entkräftet werden, weil ein und andere beygefügte Straf-Fälle nur als actus clandestini anzusehen waren.

Zwar erwies man von Seiten des Reichsstifts in dem Besitze der Zollgerechtigkeit in Jenkreichingen zu seyn; allein, man behauptete, daß das Zollrecht eigentlich auf die hohe Gerichtsbarkeit keinen Bezug habe, und von den Actibus mixti imperii nicht ad actus meri imperii ein gültiger Schluß gemacht werden könnte: auch in Ansehung der hohen Gerichtsbarkeit kam die Präsumtion der Herrschaft Oberndorf (in welcher das Dorf Jenkreichingen gelegen) völlig zu statten; deßhalben ward in Sachen folgende

Sententia

publicirt:

„In Sachen weyland Herrn Anton Fuggers „jezo dessen Söhne und Erben, in actis benannte „Klägern eines contra Herrn Abt zu Kaysersheim, Beklagten, andern Theils, die hohe „Obrigkeit zu Jenkreiching belangend, ist allem

„Für-

„Fürbringen nach zu Recht erkannt, daß gemeld-„tem Beklagten nicht gebühret habe, sie, die Klä-„gere an ihrer Possession vel quasi der hohen „Obrigkeit zu Jenkreichingen geklagtermasen zu „turbiren und zu verhindern, sondern daran zu „viel und unrecht gethan, derohalben von solcher „Turbation hinfüro abzustehen, auch ihnen Klä-„gern, deßhalben gebührliche Caution zu erstatten „schuldig sey, als wir sie dazu hiemit condemni-„ren und verdammen, jedoch Beklagtem all sein „Spruch und Forderung in petitorio, so er einige „zu haben vermeynet, gegen sie, Kläger, an gebüh-„rendem Ort fürzunehmen ohnbenommen, sondern „vorbehalten; die Gerichtskosten, so dieser Sa-„chen halber aufgeloffen, aus bewegenden Ursachen „gegen einander compensirend und vergleichend.

Das Possessorium ward hiemit durch diese Sentenz evacuirt, und das Petitorium vorbe-halten; die Unkosten wurden gegeneinander auf-gehoben und compensirt, weil reus (wie es in voto hieß) in petitorio vielleicht noch einen et-wa mehr erheblichen Beweis beybringen dürfte.

Zusätze.

Summaria.

1) *Valde vaga erat antiqua illa de jure meri & mixti imperii doctrina.*

2) *Nam*

2) *Nam tota ad peculiarem romanæ reipublicæ ſtatum pertinebat.*

3) *Ipſique Romani, pro mutationibus reipublicæ, mero imperio diverſos ſignificatus attribuerunt,*

4) *Ex quo patet, merum & mixtum imperium germanici ſtatus indoli applicari non poſſe.*

5) *Nihilominus ex erroneis Juriſconſultorum opinionibus Seculo XV. & XVI. varia diſtinctionum & applicationum monſtra prodiere, cum Superioritatem territorialem ſimile quid habere cum imperio mero intelligerent, juraque & conſuetudines Germaniæ cum jure romano penitus confunderent.*

6) *Id quod doctiſſimus Pütterus allegato loco ſolide deduxit,*

7) *Tandem uſitatior diſtinctio meri imperii in gradus ſuperiores ſeu extremos & inferiores enata eſt, quam pariter vili fundamento inniti, moderna praxis ſatis edocuit.*

8) *Firmato nunc penitus reipublicæ Germaniæ ſtatu per leges imperii, præſertim per inſtrumentum Pacis Weſtphalicæ & no-*

superioritatis territorialis & centenalis, nec non jurisdictionis cujuscunque ad principia solida reducta antiqua illa de mero imperio doctrina penitus exulat.

9) *Hinc non nullæ regulæ inserviunt, per quas illæ controversiæ circa sensum meri & mixti imperii adhuc hodie in non nullis Germaniæ Provinciis enatæ facilius dijudicari possunt,*

10) *Quamvis status possessionis vix non omnes jurisdictionis cujuscunque lites præsertim circa ejus annexa dirrimat.*

§. 1.

Aus diesem zwischen den Grafen von Fugger und dem Reichsstift Kaisersheim in puncto der hohen Gerichtsbarkeit sich ergebenen Rechtsstreit kann man eigentlich ersehen, wie unbestimmt man in der Mitte des XVI. Jahrhunderts noch mit dem Begriff des meri imperii gewesen sey, und auch hierunter die hohe Gerichtsbarkeit verstanden habe, ungeachtet verschiedene der besten Staats- und Rechtslehrer dafürgehalten, daß der Ausdruck *merum imperium* nichts, dann die alleinige hohe fraischliche Kriminal- oder Centenal-Gerichtsbarkeit angezeigt habe.

Meichsner bedient sich in der kurz zuvor angezogenen Kameral-Decision

Tom. I. p. 23. n. 1.

des Ausdrucks: possessio an sit probata, videndum, qui sint extremi actus meri imperii, de mixto imperio nulla est controversia, quia pfänden und büßen venit tantum per consequentiam. Aus diesem folgt, daß man die hohe Gerichtsbarkeit allerdings als einen actum extremi imperii, wo nicht für das imperium merum selbst angesehen, die Straf-Frevel und Buß-Fälle aber nur als Folgen des imperii mixti betrachtet habe.

Die ganze Lehre, sammt der Praxis, von dem mero und mixto imperio war ein so verworrener Mischmasch, daß man wahrhaftig von unsern ältern teutschen Rechtsgelehrten behaupten kann, sie haben sehr vieles gewußt, um im Grunde wenig, oder gar nichts zu wissen.

§. 2.

Fast unter allen unsern gleichzeitigen Staats- und Rechtslehrern hat Pütter, in seinen auserlesenen Rechtsfällen, bey Gelegenheit eines von der Göttingischen Juristen-Fakultät in Sachen der Prälatur Ebrach in Franken entgegen das

Hoch-

Hochstift Würzburg die alte verworrene Lehre von dem mero imperio am besten auseinander gesetzt, da er zu einem seiner Hauptsätze

l. c. S. 318. n. 6.

wählte: *male quosdam cum imperio mero superioritatem nostram territorialem, quidam vero jurisdictionem domesticam criminalem exæquasse, ideoque hos, nunc illos ejus imperii gradus excogitasse.*

Dieses nämliche läßt sich aus dem Fuggerischen Jurisdiktions-Streit abnehmen, weil in Camera die Frage aufgeworfen wurde, über was vor *extremos gradus imperii* der Graf von Fugger seinen Besitzstand v. q. in Belang des Orts Jenkreiching erwiesen habe?

§. 3.

Es verdient daher, daß wir der preiswürdigen Pütterischen Ausführung über diese Materie etwas umständlicher erwähnen; dann noch heutzutage wagt man es, besonders in petitorischen Prozessen Beweise, durch den ehemaligen Besitzstand des meri imperii, nach alten Urkunden zu führen. Man kann aber die Schwäche dieser Beweisart am leichtesten hieraus abnehmen, weil verschiedene Stände öfters in dem nämlichen Pro-

zesse bey höchsten Reichsgerichten bald diese, bald jene Gerechtsame als Effectus meri imperii angaben, und solches als einen allgemeinen Achilles, bloß nach der Convenienz dessen, was sie erweisen wollten, oder sollten, gemeiniglich zu ihrem eigenen Schaden zu wenden pflegten. Dergleichen Beweise dienen zu nichts, als eine Sache sehr verworren zu machen, die Akten-Stöße ohne Noth zu vergrößern, den Richter aufzuhalten, und am Ende sich selbsten in seinen eigenen Widersprüchen zu verirren.

§. 4.

Pütter urtheilt dahero sehr einsichtsvoll, da er schreibt, daß die im römischen Rechte, besonders

L. 1. §. 1. *de officio ejus, cui mandata est jurisdictio,* & l. 3. de jurisdict.

vorkommende Lehre vom Unterschied inter *jurisdictionem & imperium*, und wieder inter *merum* und *mixtum* imperium, bloß die, auf der besondern Staatsverfassung beruhende Arten der obrigkeitlichen Aemter zum Gegenstande gehabt, und selbst nach den verschiedenen römischen Staatsveränderungen zur Zeit der freyen Republik, und zur Zeit der kaiserlichen Regierung nicht einmal auf

einerley Grundsätzen beruhet habe, wie Albrecht in seiner lesenswürdigen Dissertation

de *mero imperio.* Lipſ. 1751.

das nämliche behauptet.

§. 5.

Hieraus schließt Pütter mit gutem Grunde, „daß die ganze Lehre de mero & mixto imperio, so wie alle andere in das Staatsrecht einschlagende Lehren des römischen Rechts, die eine von der teutschen ganz verschiedene Verfassung des römischen Staats zum Gegenstande haben, in der That in Teutschland ganz und gar keine rechtliche Anwendung mehr finden, vielweniger solche Rechtsfragen, welche hinwiederum auf die ganz besondere teutsche Verfassung lediglich ihre Beziehung haben, darnach beurtheilt werden können."

„Es ist auch, seiner weitern Bemerkung nach, ganz richtig, daß die verworrene Sätze und Folgerungen von dem mero und mixto imperio auf die Gerichtsbarkeit und Centenal-Jurisdiktion hauptsächlich in dem XV. und XVI. Jahrhundert von der Unwissenheit der teutschen Rechtsgelehrten entstanden, welche ihre ganze Wissenschaft in dem römischen Rechte gegründet, und aus abgängiger Kenntniß der einheimischen Rechte

und Gewohnheiten den irrigen Wahn, als ob das römische und teutsche Recht einerley sey, forthin unterhielten, und die einheimischen Rechte durch die römischen gleichsam zu verdringen suchten."

§. 6.

„Die mehreste Rechtsgelehrte (schreibt **Pütter** weiters) haben in vorbemerktem Zeitalter ohne allen Grund die völlige Landeshoheit und das merum imperium vor einerley genommen, und, wenn die Frage entstanden, was dann zu dem mero imperio gehöre? alle und jede Regalien hiezu gerechnet."

Andere Rechtsgelehrte hingegen hatten in solchen Fällen, wo nach der teutschen Verfassung von Cent- Fraisch- Blutbann, hohe Gerichte und andern dergleichen mit dem römischen Rechte in keinem Stücke ähnlichen Dingen die Frage entstund, ihre Ausflucht zu dem sinnreichen Unterschied inter imperium *merum* & *mixtum* genommen, und da sie eines Theils selbst in dieser Lehre nach den wahren römischen Grundsätzen nicht einmal auf den Grund gekommen, andern Theils aber mit dieser Distinktion zu Erörterung der vorgelegenen Fragen nicht ausgelangt, von einem Irrwahn auf den andern verfallen, und

nach

nach der Art, wie entweder ein jeder sich selbst neue Grundsätze erdacht, oder immer ein Glossator den andern ausgeschrieben, auch auf allerley Methoden das merum imperium in mehrere gradus zu zergliedern gefallen sind.

§. 7.

Nach Pütters Ausführung läßt sich also schließen, daß den ersteren Glossatoribus die in

L. 28. pr. d. de *pœnis.*

beschriebene gradus capitalium pœnarum, als *summum supplicium*, *metalli coercitio* und *insulam deportatio* vielleicht den ersten Anlaß gegeben haben, das merum imperium nach diesen drey gradibus einzutheilen, immaßen solches schon aus dem *Baldo*

ad l. 2. d. *de jurisd.* n. 7. (edit. Venet. 1616. fol. 73.)

erhellet, da dieser schreibt: merum imperium est triplex seu habet tres gradus: nam quoddam est imperium *magnum*, quod consistit in non capitalibus, non tamen levibus, in quibus requiritur plena causæ cognitio, ut in modica coercitione, respiciente, principaliter tamen publicam vindictam ut & in levibus pœnis, ad quas imponendas proceditur ex summaria cognitione.

§. 8.

Andern gab obgedachter L. 2. de *jurisdict.* die Gelegenheit mit *Bartholo* das merum imperium in sex gradus, als *maximum*, *majus*, *magnum*, *parvum*, *minus* & *minimum* imperium abzutheilen, und zu solchen Graden folgende Gerechtsame, als 1) potestatem legis condendæ, 2) ultimum supplicium, 3) deportationem, 4) relegationem, 5) modicam coercitionem 6) mulctam zu rechnen.

Wieder andere verfielen gar in die lächerliche Ausschweifung, das merum imperium nach den vier Elementen einzurichten, wie Pütter eben hievon eine Stelle anführt, in der es heißt: prouti quidam magistratus potestatem habeant puniendi in *aere*, quidam in *igne*, quidam in *aqua*, quidam in *terra*.

Es hätte nichts gefehlt, schreibt ein gleichzeitiger Rechtsgelehrter, als daß sie das merum imperium noch in die vier Jahrszeiten, in masculinum & fæmininum, oder gar in ante & postmeridianum ein- und abgetheilt hätten.

All diese ausgezischte Distinktionen (fährt dieser fort) sind vor unsere Zeiten Schwärmereyen, zeigen Verlassenheit des gesunden Menschenverstandes

standes an, bewähren den Mangel an Kenntniß teutscher Rechte, Geschichte und Verfassung, und bleiben das ewige Erbtheil für gelehrte Pedanten, deren man leider! besonders bey geistlichen Stiftern noch viele antrifft.

§. 9.

Es schlägt von der Unanwendbarkeit der römischen Grundsätze, und des meri imperii auf unsere teutsche Verfassung allerdings dasjenige am besten an, was eben **Pütter** aus dem **Gundling** anführt, der

ad *prota digest.* p. 147. §. 19.

schreibt: ex his omnibus claret, merum imperium romanum non prorsus convenire jurisdictioni criminali nostræ, nec mixtum imperium civili; complectitur enim hæc aliquid ut plurimum mixto imperio majus, alteraque haud raro mero imperio minus: unde ex propriis principiis & legibus specialibus & usu plurima sunt perdiscenda, non autem jus romanum impunite in mores est inserciendum.

Hiezu kömmt noch dasjenige, dessen **Gundling**

§. 27. p. 150. l. c.

erwähnt: de mero imperio repetimus, id

sensu romano absurde tribui principibus, comitibus & statibus imperii, ut, qui propriam nunc habent potestatem, & summum terrarum regimen, conceduntque illi jurisdictionem criminalem vel totam, vel ex parte, cuicunque volunt.

So viel ist nun heutzutage gewiß, daß die Landesherrliche Obrigkeit eines teutschen Reichsstandes weder ein Sinnbild der größten römischen Magistratsperson, noch weniger die Cental-Jurisdiktion (welche ein teutscher Reichs-Kavalier ausüben kann) das ganze Lustre der teutschen Reichsständischen Hoheit vorstelle, und deßwegen läßt sich zwischen dem mero imperio der römischen Staatsverfassung und den Landeshoheits Gerechtsamen teutscher Reichsstände keine verhältnißmäsige Vergleichung machen.

§. 10.

Hingegen gieng noch im 16ten Jahrhundert die Eintheilung in *inferiores* & *superiores* gradus meri & mixti imperii doch sehr im Schwung, und Pütter erweißt es in dem Ebrachischen Rechtsfalle contra das Hochstift Würzburg

l. c.

durch

durch einen Vertrags-Auszug de anno 1557. in welchem es hieß:

„daß die Ebrachischen Unterthanen (außer der
„Cent- und Landgerichtssachen) in den andern
„Sachen bey den Erbachischen Gerichten be-
„lassen werden —
„der Prälat auch omnes casus inferiorum
„graduum meri imperii, item mixti im-
„perii & simplicis jurisdictionis behalten
„soll.

Aus diesem folgt nun klar, daß die Cental- oder Landesfürstliche Obrigkeit ad superiores & extremos gradus des meri imperii, die Gerichtshängigkeit ad inferiores gehört habe.

§. 11.

Immittelst scheint nach den Pütterischen Grundsätzen die Meynung alles vor sich zu haben, welche unter dem mero imperio nur die superioritatem centenalem keineswegs aber die territorialem sive jurisdictionem altam verstehen, weil diese letztere in Ansehung der eben so verworrenen Abtheilung in gradus superiores & inferiores imperii mixti quoad effectus nicht mit jener zu vergleichen war, da sich nicht abnehmen ließ, was denn eigentlich von den inferioribus gradibus imperii mixti zu der hohen

hohen, oder niedern Gerichtsbarkeit gehören dürfte.

Es bewährt selbst der Freyherr **von Cramer** in seinen Observationibus juris universi

Tom. II, P. I. p. 246.

daß vor dem XVII. Jahrhundert die Territorial-Superiorität unter der Bedeutung der **hohen** und **niedern Obrigkeit** vorgekommen.

§. 12.

Wenn man aber zu Befestigung der Pütterischen Ausführung noch betrachtet, daß, ehe das Wort Landeshoheit allgemein bekannt geworden, so bewähret eben auch der Freyherr **von Cramer**

l. c. p. 250.

daß die Criminal-Jurisdiktion eigentlich unter dem Ausdrucke des meri imperii verstanden worden. Sanguis enim (schreibt er) in chartis & diplomatibus pro mero imperio seu majori justitia sanguinis, quæ exercetur, in casibus, in quibus sanguis defluit, accipitur — stilo medii ævi autem, ac postea, cum vocabulum **Landeshoheit**, *Superioritas territorialis*, nondum in usu esset, Jus hoc eminens plenumque nomine imperii meri, banni sanguinis veniebat.

§. 13.

§. 13.

Das Reichs-Kammergericht hat in dem vorliegenden Falle also schon in den ältesten Zeiten gewisse solide Grundsätze angenommen, und von der hohen Obrigkeit andere Regalien und Gerechtsame sehr kennbar unterschieden: dann eben in dem Meichsnerischen Cameral-Voto heißt es: cum reus, nämlich das Reichsstift Kaisersheim vectigal se habere dicat, non probare jurisdictionem, cum illud separatum quid sit. —

Die Zollgerechtigkeit kann zwar damals schon als ein regale ad merum imperium gehört haben, so wie die Gerichtsbarkeit, solche ward aber als ein Separat-Gerechtsame angesehen, deßwegen auch die bekannte Regel fast jedesmal anschlug, probata una specie non probatur altera.

Ueberhaupt ward auf den Besitzstand genau gesehen, weil es um den Bestand oder nicht Bestand der angestellten Klage, ex interdicto retinendæ possessionis, in Ansehung der hohen Obrigkeit alleinig zu thun war, und dieser Grundsatz bleibt auch gegenwärtig bey den höchsten Reichsgerichten immer unveränderlich, und der teutschen Verfassung und Gesetzen am besten angemessen.

§. 14.

Da heutzutage sowohl die Superioritas territorialis, als auch centalis durch offenkundige Reichsgesetze, und insonderheit das Instrumentum Pacis sehr entschieden bestimmt ist, so kömmt es nur darauf an, daß man bey Untersuchung alter Urkunden, aus welchen einige Gerechtsame von dem imperio mero wollten hergeleitet und erwiesen werden, mit gewissen General-Grundsätzen zu Werke gehe, ehe man sich zu einem Rechtsstreit rüstet, und zwar

1*mo*. Daß man überlege, wie das merum imperium nach der Geschichte des medii ævi nur dasjenige, was heutzutage die Landesfürstliche Obrigkeit ausweiset, absolute in sich begriffen habe; nicht minder, daß man sich vorstelle

2*do*. Wie der höchste der Grade der Landesfürstlichen Obrigkeit, theils in der hohen Criminal-Jurisdiktion, theils in der Gewalt Gesetze zu geben, Machtgebothe und Verbothe zu verkündigen, sammt allem, was davon abhängt, bestanden sey.

3*tio*. Wie dann nur diejenige des meri imperii oder dessen graduum extremorum fähig gewesen, die durch den Besitz ansehnlicher Reichslanden und Regalien sich zu den Reichsständischen

schen Hoheitsrechten schon in ältern Zeiten geei-
genschaftet, folglich stund

4*to.* Unmittelbaren Personen das merum imperium (welches eigentlich der complexus der von den ducibus und comitibus imperii nomine Cæsaris geführten, und auf die Stände erblich und eigenthümlich übergangenen Reichs-Jurisdiktion und Regalien-Administration ist) niemal zu, weil der Reichsadel erst durch kaiserliche Freyheitsbriefe, zum Theil auch durch die Belehnung der Reichslehen und Güter, der Landherrlichen Obrigkeit, und gewisser Regalien in spätern Zeiten theilhaftig wurde. Dahero

5*to.* Wenn ein Reichsstand wegen einem Gut, aus dem Grundsatze des meri imperii, die Landesfürstliche Obrigkeit und hohe Fraischlichkeit gegen einen andern Stand oder Reichsunmittelbaren in neuern Zeiten strittig machen wollte, so kömmt es in der Untersuchung darauf an, ob ein Reichsstand solches zur Zeit, als die Urkunde von dem mero imperio spricht, besessen habe, oder nicht: hat es ein Reichsstand damals inne gehabt, so kommt die Präsumtion ihm zu statten, daß er nach dem Verstand des meri imperii sowohl die Landesfürstliche Obrigkeit, als die Cental-Jurisdiktion (was immer von beeden dem

Streit

Streit unterworfen seyn mag) hierüber hergebracht habe.

Sollte aber das Gut damals keinem Reichsstand, sondern einem mediaten oder auch dermalen unmittelbaren Reichs-Kavalier zugehört haben, so fällt für die extremos oder superiores gradus meri imperii alle Präsumtion in petitorio hinweg, und der Besitzstand muß in Ansehung aller Gerechtsame den Entscheid allein geben.

6to. Im Fall aber nur von den annexis, entweder in Rücksicht der fraischlichen, oder Landesfürstlichen Territorial-Obrigkeit, die Frage entstehen würde, und es sich aus Urkunden auch ergeben dürfte, daß ehedessen der strittige effectus auf dem zur Frage stehenden Gut ehemals ein annexum des meri oder mixti imperii gewesen wäre, so ist auch dieser Grundsatz gar nicht mehr anwendsam, sondern eben auf den Besitzstand des generis entweder der Centenal- oder Territorial-Superiorität zu sehen, von welcher auch die Bestimmug der annexorum abhängt.

§. 15.

Es sind überhaupt die Fälle sehr selten, daß ein Stand in dem Besitze Landesfürstlicher Obrigkeit

keit oder der Territorial-Jurisdiktion sich befindet, ohne daß ihm nicht alle annexa zuständig sind, und, wenn auch gewisse effectus hievon getrennet worden, so hat ein Vertrag oder der Besitzstand, keineswegs aber der ausgemerzte Grundsatz des meri imperii solches bewirket. Es schlägt hier immer der Satz an, den der Freyherr **von Cramer** in seinen *Observationibus Juris universi* öfters wiederholt, in specie aber

Tom. II. P. II. p. 118.

anführt: illum, qui in quasi possessione jurium sublimiorum eorum nempe est, quæ characterem superioritatis territorialis, aut centenalis constituunt, etiam utriusque juris annexa exercere posse.

§. 16.

Pro coronide dieser Ausführung können wir uns eben auch auf eine, in dem angezogenen Pütterischen Rechtsfalle,

l. c.

schon bemerkte Stelle beziehen, in der es gelegenheitlich des nämlichen zwischen dem Prälaten von Eberach und fürstlichen Hochstift Würzburg strittig gewordenen jure recipiendi appellationes heißt:

„Der Prälat soll in allen Sachen, so die infe-
„riores gradus meri imperii außerhalb Hals
„und Leben betrifft, item in causis mixti
„imperii & simplicis Jurisdictionis, und,
„was demselben anhängig, mit Gerichten, Ge-
„boten und Verboten, und in andere Wege
„über seiner Ehrwürden Unterthanen im Stift
„seßhaft, die Obrigkeit allerdings ohngerügt
„vollkommlich haben und behalten — und der
„Prälat soll also omnes casus *inferiores meri*
„*imperii*, item *mixti imperii* & *simplicis ju-*
„*risdictionis* und auch die *Appellationes* be-
„halten.

Dieses erweiset also klar, daß derjenige, welcher die hohe Gerichtsbarkeit hergebracht hat, auch aus dem Besitze der effectuum & annexorum keineswegs könne geworfen werden, und daß der Grundsatz des meri & mixti imperii, nach dem Bestand der heutigen aufgeklärten Reichsverfassung, gar nicht mehr anwendsam, und nur als ein Constitutionsfehler derjenigen Zeiten anzusehen sey, indem zum Theil die Besitzungen der teutschen Reichslanden, und vorzüglich einzelner Güter und Gerechtsame, noch nicht so genau bestimmt, zum Theil aber auch die Grundsätze durch die Unwissenheit der einheimischen Gesetze

und

und Gewohnheiten, dann den Enthusiasmus der Rechtsgelehrten, die alles nach der unangemessenen Richtschnur des römischen Rechts beurtheilen wollten, gänzlich confundirt gewesen sind, und es selbst den höchsten Reichsgerichten öfters nicht geringe Mühe gekostet, wie es aus den vorliegenden Decisionen zu ersehen, in derley strittigen und durch üble Grundsätze verworrenen Fällen, pro justo & æquo durchzugreifen.

VI.

Ob bey einer fünf Monath alten Leibesfrucht der Fall eines Kindermordes eintretten könne?

Aus *Harprechti* Consult. criminal. & civil. vol. nov. Part. 2. Consf. 45. p. 987-1001.

§. 1.

Die Materie von dem Kindermord ist in den peinlichen Rechten heutzutage eine der ersten, über die ein Richter, der Vernunft und zugleich Menschenherz hat, Betrachtungen anstellt, wozu ihm die Strenge der peinlichen Gesetzbücher reichen Stoff giebt.

Wir glauben, dem gelehrten Publikum einen vorzüglichen Dienst zu thun, daß wir diese Materie vor mehr andern gewählt haben.

§. 2.

Maria Magdalena N. war schon seit mehrern Jahren im Rufe eines schlechten Lebenswandels; sie pflog mit Soldaten einen unerlaubten Umgang, zog selbst einige Zeit ohne Dienst in fremden Landen mit einem derselben herum, und mußte dieses Vergehens halber einen halbjährigen Arrest ausstehen; verfehlte sich aber hierauf neuerdings, und brachte in dem 5ten Monat ihrer Schwangerschaft, so sie forthin abgeläugnet, ein Kind zur Welt, welches sie nach abgerissener Nabelschnur liegen ließ, bis die Hausleute dessen gewahr wurden.

§. 3.

Ob zwar diejenige bey der legalen Inspektion des Cadavers vorgaben, daß das Kind vollkommen und gesund gewesen seyn müsse, so bezweifelten sie doch, ob es als eine Geburt von fünf Monaten bey Leben gewesen, merkten aber dabey an, daß nach verschiedenen offenbaren Zeichen, Gewaltthätigkeit an demselben verübt worden.

§. 4.

Fiscalis übergab nach Landesart deßwegen gegen die M. Magdalena N. eine Klage, bewies den übeln Vorsatz, so sie gehabt, ihr Kind zu tödten hierdurch, weil sie ihre Schwangerschaft verheelet, und bestärkte solchen per factum subsequens, da sie das Kind, ohne die Nabelschnur zu verbinden, habe liegen lassen, annexo petito, die Beklagte tanquam infanticidii ream zur peinlichen Frage zu ziehen, und gegen dieselbe mit Leib- oder Lebensstrafe zu verfahren.

§. 5.

Die Beklagte ward zur peinlichen Verhör gezogen, sie läugnete zwar nicht, von einem gewissen N. ihrer Vermuthung nach schwanger geworden zu seyn; allein, sie hätte es für keine wahre Schwangerschaft gehalten, und auch zur Zeit, als sie entbunden worden, nur geglaubt, daß eine concreta massa sanguinea, dergleichen ihr schon öfters geschehen, abgegangen wäre, und bath um Befreyung von der gegen sie angestellten Klage.

§. 6.

Es ward hierüber von der Juristen-Fakultät zu Tübingen ein Rechtsrath eingeholt, und derselben folgendes

Endurthel

eröffnet:

„In der super facto geführten Rechtferti-„gung zwischen unsers gnädigsten Fürsten und „Herrn Anwaldten, Anklägern eines, und Ma-„ria Magdalena N. Beklagter andern Theils, „ist hiemit auf Klag, Antwort, auch all anderes „gerichtliches Vor- und Anbringen nach getha-„nem Rechtssatz, genommenem Bedacht und „eingeholten Rath zu Recht erkannt, daß er-„meldte Beklagte wegen ihres Verbrechens, die-„ses Herzogthums ewig verwiesen, und sich aus „demselben strackes Fußes zu begeben, auch, daß „sie in dasselbe ihr Lebtag nicht wieder bey Leib- „und Lebensstrafe kommen wolle, eine geschwor-„ne Urphed von sich zu stellen, nicht weniger auch „dem fürstlichen Herrn Anwaldt alle dieses Pro-„zesses halber aufgewandte Unkosten zu restitui-„ren schuldig seyn soll."

Actum in Consilio nostro,
den 26. Merz, 1710.

§. 7.

Einem heutigen Rechtsgelehrten muß es eine wahre Pein seyn, die Ausführung der Juristen-Fakultät über diesen Rechtsfall nur zu lesen: es

sind

sind z. B. von dem Verfasser derselben über die Frage, in wie viel Monaten die Leibesfrucht zum Leben kommen dürfte, Hipocrates, Galesius, Avicenna, Valesius, St. Bonaventura, Jacobus *de S. Georgio*, Paulus Alphonsus, Curtius, Plinius, Aristoteles und Stagirita mit all seinen Satelliten und nostratibus durch ein Generalaufgebot citirt, alle ihre Meynungen mit Apotheker-Gewicht getreulich abgewogen, und dann die Quint-Essenz herausgezogen worden, daß man das Leben des Kindes dennoch nicht genugsam angeben könnte.

So wie in diesem Punkte sehr gefühlvoll operirt wurde, so gieng es in allem zu. Wir finden also für gut, um unsre Leser nicht zu peinigen, nur einige rationes decidendi anzuführen, da sowohl die Bezweiflungsgründe, so wie die Frage selbst, ob in diesem Fall eine *ordinaria* Platz greifen könne, ohnehin keine Rücksicht verdient, und jene nicht wohl in einen Zusammenhang zu bringen sind.

§. 8.

Unter allen bestund der stärkste Entscheidungsgrund ad pœnam extraordinariam zu gehen, darinn:

1*mo*. Daß, wie man gegen die gravirte wegen abgängiger Verläßigkeit von dem Leben des Kindes ad ordinariam culei nicht gehen, sondern höchstens pœna gladii, tanquam mitior, erkannt werden könnte, so müßte auch solche nachgesehen werden, weil das corpus delicti, nempe utrum partus vivus prodierit, nicht gehoben sey.

Respondentes bezogen sich deßhalb auf die Meynung des Herrn von Lynkers, als welcher

Tom. I. in responſ. 39. n. 10.

sich äußere:

„Nun ist wohl das Kind und zwar den Glie-
„dern nach Gliedmäsig und sonst vollständig
„vorhanden, aber NB. das ist das corpus
„delicti infanticidii noch lange nicht, noch
„kann die Præsumtio partum vivum ex
„utero matris prodiisse, bey so vielen wich-
„tigen præsumtionibus bestehen bleiben, son-
„dern es muß certitudo vorhanden seyn.

Sofort hätte

2*do*. Der fiscalische Procurator (hieß es) vor allem vitalitatem gebührend erweisen sollen, da aber solches nicht geschehen, so ermangelt es an dem corpore delicti; und bey alle dem

3*tio*. Wenn man auch die Beklagte in puncto infanticidii als convictam in materiali ansehen wollte, so geht das Formale confessionis ab: — solches ist aber nicht anders als per torturam zu erhalten: dieses Zwangsmittel kann nun in substrato ob deficiens corpus delicti nicht eintretten, und nur dann dürfte rea und zwar in summo & intentissimo gradu anzugreifen seyn, wenn der partus septi- octo- novem vel decimestris gewesen wäre; und endlich

4*to*. Muß man der Lehre des Samuel Stryck folgen, welcher

in *annot. ad compend. Lauterbach.* tit. de *statu hominum*

schreibt:

Si enim non debito tempore fuerit natus, v. g. mense *quinto*, vel sexto, tum partus *non præsumitur vixisse*, sed incumbit probatio, partum vivum in orbem processisse.

Endlich auch

5*to*. Aus der Disposition der peinlichen Halsgerichtsordnung

§. 131.

„Welches Weib ihr Kind, das Leben oder „Gliedmassen empfangen hätte, — und dann

 weiter

„weiter — so aber ein Weibsbild (als obstehet) „ein lebendig gliedmäsiges Kindlein rc." klar zu entnehmen, daß die Mutter nur in dem Falle mit der Todesstrafe zu belegen sey, wenn sie eine reife und vollkommene Geburt getödtet habe, aus welchem die Schlußfolge sich ergiebt, daß die Tödtung einer unzeitigen und unvollkommenen Leibesfrucht milder zu bestrafen seyn wolle.

Zusätze.

Summaria.

1) *Inter primaria signa vitalitatis refertur, si partus non maturus, & perfectus prodierit.*
2) *Hinc distinguendum est necessario inter fœtum vitalem, & partum vitalem.*
3) *Nam partus quinque vel sexmestris nunquam pro perfecto habetur.*
4) *Et hoc tempore editus non vivus præsumitur.*
5) *Adeoque de infanticidio quæstio non movenda,*
6) *Multo minus speciali inquisitioni persona sine vitio nullitatis subjicienda est, nisi forsan de procurato abortu verissima adsint indicia.*

7) Ce-

7) *Celatio graviditatis desiderat inficiationem aut factum, nec fieri videtur per solum silentium & dissimulationem.*

8) *Etiam celatio partus non fieri intelligitur, nisi expresse constet, accusatam de infanticidio jam antea ad celandum partum se parasse.*

9) *Tam ad inquisitionem specialem, quam imprimis ad torturam requiritur, ut contra accusatam de infanticidio majores adsint causales suspicionis, quam excusationis.*

10) *Rarissime in casu infanticidii corpus delicti plenarie eruitur.*

11) *Hinc pœna ordinaria, non nisi in infanticidio atrocissimis circumstantiis, complicato amplectenda.*

12) *Multo magis adhuc occultatio graviditatis pœna capitali vindicanda est,*

13) *Quamvis rigor pœnarum capitalium ad diminuendum delictum infanticidii non accommodus esse videatur.*

§. 1.

Wenn heutzutage noch in peinlichen Fällen Gutachten von dieser schiefen Beurtheilung und Aus-

arbeitungsart zum Vorschein kommen, so ist der Ausschluß untrüglich, daß es an Grundsätzen und Einsichten fehle, und daß der Respondent sich allerdings zum Muster seiner Arbeit ein dem angeführten ähnliches übelgerathenes Responsum aus Mangel besserer Kenntnisse und Beurtheilung gewählt habe.

Bloß um irrgehende Rechtsgelehrte auf reine Grundsätze, auf praktische Entwicklung in derley wichtigen Vorfallenheiten obschwebender Bedenken hinzuführen, finden wir nöthig, obstehenden Rechtsfall mit Zusätzen etwas ausführlicher zu begleiten.

§. 2.

In diesem vorausgesetzten Rechtsfall hätte die erste Frage von Respondentibus sollen aufgeworfen werden: **Ob der *Casus infanticidii* vorwalte, da nur ein 5 Monat altes Kind von der Beschuldigten gebohren wurde?**

Allein, da gieng es über die alte Rechtspatriarchen los, welche die angestellte Frage, ob **das 5 Monat alte Kind gelebt habe**, entscheiden sollten, und das ganze Responsum ward mit einer Menge der buntscheckigsten Citationen gleich-

gleichsam vollgepfropft, die alle den Zweifel zum Resultat hatten, daß man des Lebens halber keine Verläßigkeit angeben könne; und dieses lauft fast auf das absurdum hinaus, wie ein Rath bey einer gewissen Landstelle unlängst über die Frage votirt: „in dubiis müsse man zur Ehre der Na„tur auf das Favorabile, nämlich für das Le„ben schließen.

§. 3.

Ein Quistorp würde nach Anleitung seiner Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts ganz anders geantwortet, und mit uns positive bestimmt haben, daß in dem vorausgesetzten Falle von keinem infanticidio die Rede seyn könne. Die Ursachen hievon sind folgende, wie wir solche nach diesem vortreflichen Rechtslehrer bestimmen, da er

Th. 1. §. 270. S. 502.

schreibt: „Es giebt viele Merkmaale, die das Le„ben des Kindes zur Zeit der erfolgten Geburt „außer Steit setzen; dahin gehören besonders, „wenn das Kind zur gewöhnlichen Zeit erfol„get, und das Kind nach allen seinen wesent„lichen Theilen vollkommen ist.

Das

Das konnte nun doch von dieser fünf Monat alten Leibesfrucht nicht wohl gesagt werden. Die Herren Respondenten hätten so allerdings den gewöhnlichen Unterschied machen sollen, unter einer lebenden Frucht (fœtu vitali) und einer lebenden Geburt, (partu vitali) dann die Frucht ist eigentlich mit ihrer Empfängniß schon am Leben; als worauf sich die gelehrte Untersuchung des **Karl Friederich Walch** de *genuino fonte distinctionis intra fætum animatum & inanimatum in nemesi Carolina art.* 131. *C.C. adhibitæ.* Jen. 1768. bezieht.

§. 4.

Nun konnte freylich der *Jacobus de S. Georgio* mit seinen Spießgesellen den Einfall nicht subministriren, daß hier nur das Resultat eines fœtus, und keines partus vitalis vorwalte. Doch Vernunft und Erfahrung hätten so allerdings in einem Responso auf die weitere Grundsätze hinführen sollen, daß, wie **Quistorp** l. c. weiter erwähnt: „eine lebende Geburt, oder vielmehr ein „vollständiges Kind dasjenige genennt werde, das, „nachdem es von der Mutter getrennet worden, „beym Leben erhalten werden konnte: dafür muß „man nach der Regel ein jedes Kind halten, das zum

„we

„wenigsten sieben Monate bis zu seiner Geburt er=
„füllet hat, oder das von der Empfängniß vom
„Ende des siebenten bis zu dem Ende des neun=
„ten Monats gebohren wird. Man sieht daher
„ein solches Kind nicht vor gliedmäsig und voll=
„ständig an, das nach der Empfängniß im fün=
„ten oder sechsten Monat gebohren wird, als
„welches nach allen bekannten Erfahrungen nicht
„leben kann, und dahero schon nach seiner innern
„Beschaffenheit sterben mußte.

Die Entbindungs-Wissenschaft ist nun frey=
lich in allen Ländern heutzutage schon so weit aus=
gebildet worden, um mit Zuverläßigkeit zu be=
stimmen, daß eine Leibesfrucht, die in dem fünf=
ten Monat gebohren wird, nicht erhalten werden
könne, weil die Lunge, die Werkzeuge der Sinne
und der Speisegang vor dem Anfange des fünf=
ten Monats unvermögend sind, ihre Bestim=
mungen zu erfüllen.

Doch ist es immer vor das Jahr 1710. ein
unverzeihlicher Schnitzer, daß von einer, wie es
heißt, *legaliter* vorgenommenen Inspektion
außer allen Zweifel gesetzt worden, daß an dem
durchaus gesunden und vollkommenen Kör=
perlein signa violentiæ zu ersehen gewesen.

Man

Man beurtheile also, mit was für einem Grund und Kenntniß eine fünf Monat alte Geburt als vollkommen habe mögen erkannt werden, und da wars freylich möglich, den besten Rechtsgelehrten, der auf ein solches Faktum sonach die Gesetze hindrängt, in so weit irre zu führen, daß die Frage von einem wirklich eintrettenden Kindsmord so ganz außer allem Zweifel gesetzt ward.

§. 5.

Vollkommen heißt bey einem gebohrnen Kinde nur das, wann es (wie **Quistorp** l. c. schreibt) **zu rechter Zeit und mit allen sowohl innerlich= als äußerlichen Bestandtheilen versehen zur Welt kommt.**

Aber auch aus der bloßen Vollständigkeit der Theile des Körpers, schreibt **Lyncker**

Tom. I. resp. 39. n. 10.

und der gelehrte **Struben** in seinen rechtlichen Bedenken

Th. 2. n. 116. S. 457 – 459.

läßt sich jedoch auf das **Leben** eines Kindes, besonders aber die Dauer von jenem nur sodann folgern, wenn es nämlich auch **zur gewöhnlichen Zeit gebohren** seyn, und seine gehörige Stärke haben dürfte.

Wohl

Wohl aber behauptet Eisenhart in den Erzählungen besonderer Rechtshändel

Th. 5. n. 10.

mit gutem Grund, daß ein vollständig gesundenes Geripp und die gewöhnliche Beschaffenheit der Knochen ein starkes Argument von dem wirklich gehabten Leben des Kindes geben könne.

Obschon auch, wie Carrach in den rechtlichen Urtheilen und Gutachten

in peinlichen Sachen N. 36.

aus eben so guten Gründen dafür hält, daß die gute Beschaffenheit der Knochen an, und für sich, nicht eben stets einen Beweis der vitalitatis partus abgeben kann.

Doch bleibt immer das Resultat aus diesen bereits angeführten Grundsätzen richtig, daß eine fünf Monat alte Geburt für keinen partum vitalem gehalten, folglich die Frage de commisso infanticidio von Respondentibus Begrifs irrig aufgeworfen worden sey.

§. 6.

Wie an einer leblosen Geburt also kein infanticidium vollbracht werden kann, so ist die zweyte Frage, welche Respondentes hätten an-

stellen sollen, ob die Beklagte zur Inquisition zu ziehen seyn dürfte? eo ipso schon durch eine verneinende Beantwortung erlediget.

Wo kein Leben war, konnte auch kein Mord begangen werden, und, wo dieser nicht vorwaltet, hört auch die Untersuchung des Vergehens auf, oder es müßte nur seyn, daß man durch Anwendung geschärfter Mittel (die Respondentes in ratione decidendi 3tia so ziemlich im Schwung zu seyn vermuthen ließen) die Beschuldigte erst zur Kindermörderinn bilden wollte.

§. 7.

Meister schreibt dahero in seinen **rechtlichen Erkenntnissen** und Gutachten

resp. III. p. 8. n. 3.

über eine, in ähnlicher Vorfallenheit, aufgeworfene Frage: **Ob in dem gegenwärtigen Fall, als in welchem das *infanticidium* noch nicht rectificirt ist, der Special-Inquisitions- oder Anklags-Prozeß Platz greifen könne?** folgendes:

„Es ist der gesunden Vernunft und den aus-„drücklichen Gesetzen gemäß, daß Niemand „wegen eines Verbrechens, dessen er beschul-„diget wird, angeklagt, oder vermittelst der

„Spe-

„Special-Inquisition befragt werden könne, „ehe und bevor das corpus delicti, das ist, „die Existenz der Missethat in der Gewißheit „beruhet: illud enim sciendum est, nisi „constet aliquem esse occisum, non ha- „beri de familia quæstionem, liquere igi- „tur debet, scelere interdum.

juxta l. §. 24. d. ad Jurisconsultum Cylanum.

Selbst die peinliche Halsgerichtsordnung Art. 6. und 20.

befiehlt, „daß der Richter vor Zuerkennung der „scharfen Frage sich erkundigen und fleißig nach- „fragen soll, ob die Missethat deren jemand be- „züchtiget und verdächtig ist, auch wirklich be- „schehen sey oder nicht? widrigenfalls der Rich- „ter dem wider Recht gemarterten Beschuldigten „seiner Schmach, Schmerzen, Kosten und Schä- „den halber Genüge und Schadloshaltung zu „thun, verbunden seyn soll.

Die bewährtesten Rechtsgelehrten, von de- nen wir nur mit Meister einen

Carpzov Pract. rer. crim. qu. 16. n. 3. q. 107. n. 72 q. 108. n. 4. &c.

Cothmann Vol. I. resp. 12. n 15.

Farinacius in oper. P. I. L. I. & II. quæst. I. n. 6.

Heil in jud. & defensionibus cap. I. §. 3.

anziehen wollen, haben als einen bekannten und ausgemachten Satz angenommen, daß weder zur Tortur, noch zur Special-Inquisition, ohne Gewißheit des corporis delicti, sine vitio nullitatis geschritten werden möge.

§. 8.

Wir erachten nun, daß in dem vorausgesetzten Rechtsfall die Gerichtsstelle in allem Betracht zu weit gegangen sey, die Beschuldigte N. zur peinlichen Inquisition zu ziehen, da sich aus der vorgegangenen inspectione cadaveris ergeben, daß an einem 5 Monat alten fœtu kein Kindsmord verübt werden könne. Freylich ist durch den medizinisch- und chirurgischen Augenschein die Sache übertrieben worden, weil nach demselben das Kind als vollkommen gestaltet angegeben wurde. Allein, wo die Vernunft schon die mehrere Verläßigkeit entgegen stellte, so hätte die Gerichtsstelle die Unerheblichkeit des Augenscheins selbst einsehen, und den Fiscal zu dieser Art Klage weder authorisiren, noch weniger dieselbe als verfänglich und wirksam durch die nachherige Inquisition bestättigen sollen; nach der Vorlage würde auch die Verantwortung immer auf letzterer erliegen bleiben.

§. 9.

§. 9.

Man kann das unrichtige Verfahren nicht besser ins Helle setzen, als wenn wir aus Meisters obangezogenem rechtlichen Responso

l. c. n. 7.

noch nachfolgende Stelle ausheben:

„Alle diese Grundsätze (schreibt er) scheinen „bey gegenwärtigem Falle ihre Anwendung zu „haben, gestalten die Aussteller des beyliegenden „medizinischen Gutachtens darfür halten, daß „die Ursache des Todes des von der Sempronia „gebohrnen Kindes, weder der Verblutung durch „die Nabelschnur, noch der sugullationi ossis „bregmatis, noch weniger aber einer Gewalt„thätigkeit oder fürsätzlicher Verletzung der Mut„ter, als wovon keine genugsame Anzeige vor„handen, zuzuschreiben, vielmehr in caussis præ„maturi partus, als welcher in dem viso re„perto pro semestri angegeben wird, und „den schwachen Leibeskräften des Kindes zu setzen „sey, zumalen es demselben an denen zu seiner „Erhaltung nöthigen und schleunigen Requisitis „gemangelt, welche oft, wenn sie auch mit der „größten Vorsicht angewendet worden, nicht „vermögend seyn, einen dergleichen unzeitigen „partum für dem Tod sicher zu stellen, und bey

„dem Leben zu erhalten; derowegen es das Ansehen gewinnet, als ob in dem vorliegenden Fall „es nicht nur an der Gewißheit des corporis delicti gänzlich fehlt, sondern noch über dem aus „medizinischen Gründen sich veroffenbare, daß „daß der Semproniæ Kind entweder todt zur „Welt gekommen sey, oder doch wegen seiner „Unreife nothwendig sogleich nach der Geburt „habe sterben müssen; solchemnach die Frage: „ob die Sempronia ihr Kind getödtet habe, von „selbsten hinweg falle, und daher dießfalls eine „Erkenntniß auf die Anstellung der Special-Untersuchung oder des peinlichen Prozesses mit Bestand Rechtens nicht statt finde."

Nach dieser Stelle war eigentlich die Frage von einem 6 Monat alten Kinde, und dennoch wollte es wegen der Special-Inquisition Bedenken machen; um wie vielmehr muß solche in dem vorangesetzten Tübingischen Rechtsfalle unterbleiben, da nur von einem fœtu quinquemestri die Rede war, und der Beschuldigten von dem fiscalischen Anwald in Ansehung gebrauchter Abtriebsmittel kein Beweis konnte gemacht werden.

§. 10.

Es entsteht nun die weitere Frage: **was denn eigentlich der Beschuldigten *N.* für ein**

ein strafbares Vergehen zur Last gelegen? Wir sind der Meynung, daß solches allenfalls in der boshaften Verheimlichung ihrer Schwangerschaft und Entbindung bestanden seyn dürfte, dann dieses ist sonst das gemeine Vergehen, so man den meisten Weibsleuten zur Last legt.

Respondentes haben in ihrer weitläufigen Ausarbeitung hievon gar keine Erwähnung gethan, am wenigsten aber hierauf bey Abfassung ihres peinlichen Urtheils-Spruchs einige Rücksicht genommen.

Eben die Verheimlichung der Schwangerschaft, als wovon die erfolgende Kindsmorde gemeiniglich die Folgen sind, verdienen von Richteramts wegen die strengste Aufmerksamkeit; ist man einmal so glücklich, jenem Uebel durch ergiebige Mittel abzuhelfen, so wird dieser selten erfolgen.

Der Leůmut einer Person, ihre Verfassung und sonstige Umstände können mehrmals den besten Aufschluß geben, ob die Verheimlichung der Schwangerschaft aus vorsetzlicher Bosheit geschehen sey, oder nicht.

In all jenen Provinzen, wo man durch weisliche Polizeyanstalten zu Schonung der

Menschheit, für die zeitliche Eröffnung der Schwangerschaften gesorgt hat, wird man am wenigsten von Kindsmörderinnen hören, und daher ist es auch in diesen Landen billig, daß man das Vergehen der Verheimlichung fast eben so hart, wie den Kindermord selbst bestrafe.

§. 11.

Nun wollen wir sehen, ob dann die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt die Inquisition so sehr beschweret, daß man gegen sie mit der Special-Inquisition vorfahren konnte.

Man muß hier, in Ansehung der Verheimlichung der Schwangerschaft, ebenfalls nach der Vorlage des Facti gewisse Sätze vorausschicken, aus denen sich das Resultat der Beurtheilung von selbst ergiebt.

Aus der Verheimlichung der Schwangerschaft kann man niemals den gegründeten Schluß machen, daß eine Person ihr Kind getödtet habe, oder daß sie die Schwangerschaft verheimlichet, um solches zu tödten.

Struben bewährt solches in seinen rechtlichen Bedenken

Th. 1. n. 31. S. 83.

sehr einsichtsvoll, da er schreibt:

„Es

„Es ist natürlich, daß eine Hure ihre „Schande so spat, als möglich, bekannt mache, „wenn gleich derselben kein Kindermord in die „Gedanken kommt. — Es ist solchemnach nicht „glaublich, daß die Absicht, das Kind zu töd„ten, als die Schamhaftigkeit und Erwartung, „daß es todt zur Welt kommen möchte, die Ur„sache des Stillschweigens der Hure sind.

Es wird dieses durch die Meynung eines Leyser bestättigt, welcher

spec. 611. med. 24.

lehret: *celationem* desiderare *inficiationem* aut *factum*, nec fieri videri per solum silentium & dissimulationem.

Nur dann entstehet der Regul nach, schreibt Quistorp in den Grundsätzen des teutschen peinlichen Rechts,

Th. 1. Abschn. 10. §. 631. S. 1192.

„wegen der Schwangerschafts-Verheimlichung „die Vermuthung des Kindsmordes, wenn sie „den natürlichen Tod des Kindes, oder die an„gebliche Unvollständigkeit, oder den Mangel „der Gliedmäßigkeit nicht zu beweisen im Stan„de ist, oder der gewaltsame Tod durch das „Zeugniß der Aerzte schon erwiesen ist.

§. 12.

Man halte nun diese Sätze mit dem vorstehenden Facto zusammen: Es ist zwar wahr, daß die Inquisitin ihre Schwangerschaft heimlich gehalten; das that sie aber, wie alle Huren, ganz wahrscheinlich in Hoffnung, ihr Kind todt zu gebähren, um hierdurch die Schande verdeckt zu halten. Wenn man auch ihrer Entschuldigung kein Gehör geben wollte, daß sie eine wahre Schwangerschaft nicht vermuthet, und auch nicht gewußt habe, daß sie Kindsmutter geworden, sondern nur eine concreta massa sanguinea, wie es ihr schon öfters geschehen, abgegangen sey, und da sie noch primipara war, denen die Verhältniß der Schwangerschaft, wie der Entbindung ohnehin nicht allzeit bekannt seyn mag.

Bey allem dem hat sie aber kein vollständiges Kind zur Welt gebracht; dieses nahm somit alle widrige Vermuthung hinweg, daß, weil sie ihre Schwangerschaft bis in den fünften Monat verheimlichet, die böse Absicht nicht gehabt, ihre Leibesfrucht zu tödten; welche ohnehin, als quinquemestris nicht für ein lebendes Kind gehalten wurde.

Die Inquisitin hatte ja ihre ganze Schwangerschaftszeit wegen frühzeitiger Entbindung noch nicht hinterlegt, mithin kam immer die Vermuthung ihr mit Grund zu statten, daß sie solche noch hätte offenbaren können, wenn sie derselben einmal vergewißert gewesen wäre.

Fiscalis hatte also in Ansehung der boshaften Verheimlichung den Satz zur widerrechtlichen Beschwerung der Inquisitin offenbar aufgestellt, und die Inquisition hierdurch veranlasset, wiewohl zum Theil auch auf die medizinische Inspektion der erste Fehler zurückfällt, da diese das Kind als vollkommen angegeben hatte.

§. 13.

Man kann aber die Verheimlichung der Schwangerschaft nur alsdann boshaft und geflissentlich ansehen, wenn die Beschuldigte die Entbindung geflissentlich verheimlichet; und dieses ist der eigentliche Hauptsatz, den wir noch zum Beweis anführen, daß in dem Tübingischen Responso sehr zwecklos gearbeitet worden.

Zu vorsetzlicher Verheimlichung der Entbindung wird vor allem erfordert, wenn man solche

als

als ein indicium proximum des verübten Kindsmords anstellen will, daß die Angeschuldigte solche Anstalten gemacht habe, um auch heimlich gebähren zu können.

„Es ist dahero nicht genug, schreibt Quistorp
l. c. §. 630. S. 1191.
„daß eine Person ohne Hülfe gebohren habe, „im Fall auch nicht zugleich erwiesen seyn soll, „daß sie alle ihre Anstalten dazu gemacht haben, „damit ihre Entbindung ohne Hülfe geschehe. „Es macht auch nur sodann die Verheimlichung „der Geburt eine gegründete Anzeige, wenn sie „vor der Entbindung vorher gegangen. Denn „eine Person (fährt er weiter fort) welche bloß „ohne Hülfe gebohren hat, und hierauf ihre Geburt verheimlichet, hat die Vermuthung wegen „des animi occidendi nicht wider sich, besonders, wenn sie gar mit einem todten Kinde niedergekommen seyn sollte.

Es ist zwar wahr, sagt Quistorp in einer andern Stelle seiner Grundsätze
Th. 1. §. 275. n. B. 519.
„daß das Verheimlichen der Schwangerschaft „nach den gemeinen Criminalrecht wegen eines

began=

„begangenen oder doch vorgehabten Kindermords
„eine gegründete Anzeige mache, oder ein soge-
„nanntes indicium proximum vermöge der
„P. G. O.

Art. 35. und 131.

„bewürke: Es kann jedoch von einer solchen
„Verheimlichung auf die Vollbringung des
„Kindsmords, um darauf die Todesstrafe dem-
„nächst bauen zu können, niemals geschlossen
„werden.

Welchen Satz **Böhmer** ad *Carpzovium*

p. 21. obs. 4

ebenfalls bestättiget.

§. 14.

Nun werden auch diese Sätze in Rücksicht der Entbindungs-Verheimlichung schon ziemliches Licht zur Beurtheilung an handen geben, daß sich Fiscalis in seiner Anklage so widerrechtlich, als die Gerichtsstelle benommen, da die M. N. wegen verheimlichter Entbindung des Kindsmords beschuldiget, zur gefänglichen Verhaft gezogen, und peinlich prozessirt wurde.

Die Inquisitin hat nicht vorsetzlich ihre Entbindung verheimlichet; dann, die Geburt ver-

heim-

heimlichen, heißt nach den obangeführten Stellen, der bewährtesten Rechtslehrer, wenn sie Anstalten vor der Geburt, zur Verheimlichung der Entbindung, gemacht hat.

Dieses that sie aber nicht: sie verheimlichte auch die Geburt nicht, dann sie ließ solche in ihrer Kammer öffentlich liegen, so daß die Leute, welche sie kraftlos im Bette antrafen, solche sogleich wahrnahmen. Sie hat dahero alle Präsumtion vor sich, daß sie ihre Geburt nicht verheimlichen wollte, und ein Richter, der Menschenherz und Vernunft hat, würde die Schlußfolge hieraus gezogen haben, daß die Person sich wahrhaft vorhero außer dem Bewußtseyn der Schwangerschaft befunden, und eben, weil sie keine erweißliche Anstalten zur Verheimlichung ihrer Entbindung gemacht, alle Präsumtion vor sich habe, daß sie ihre Schwangerschaft nicht verborgen hätte, wenn sie derselben wirklich überzeugt gewesen.

Es war also bey diesem Prozeß in allen Punkten gefehlt: das medizinische Gutachten

ward durch die Angabe des Kindes Vollkommenheit verhunzt, Fiscalis stellte seine Klage ex defectu hinlänglicher Beweise widerrechtlich an, die Gerichtsstelle verfügte gegen offenkundige Rechte die Kaptur und den peinlichen Inquisitions-Prozeß, und die Herren Respondenten ließen das unrichtige Verfahren auf seinen guten Gründen beruhen, gaben sich alleinig mit Ausarbeitung der Rechtsfragen ab, ob das fünf Monat alte Kind gelebt haben könne? ob die Inquisition *ad ordinariam* qualificirt? und endlich wie sie *extraordinarie* gestraft werden könnte?

§. 15.

Es geht endlich auch an die letzte Frage: Ob die Bestrafungsart, nämlich die bey Leib- und Lebensstrafe verfügte Landesverweisung, Urpheds-Abschwörung, und Erstattung der Prozeßkosten nicht auch übertrieben sey?

Wir erachten, daß man uns nicht verdenken könne, wenn wir diese Bestrafungsart in

allem

allem Betracht dem Facto als ganz unangemessen, und viel zu hart zu seyn, erkennen.

Die Inquisitin hat sich weder eine vollkommene Schwangerschafts-Verheimlichung, am wenigsten aber die Verheimlichung der Entbindung zur Last gelegt; sie brachte kein vollkommenes Kind zur Welt, war also keine Kindsmörderinn; sie hatte nicht den geringsten Verdacht gegen sich, Abtriebsmittel gebraucht zu haben.

Die peinliche Halsgerichtsordnung erlaubt

Art. 28.

nur alsdann die peinliche Frage gegen eine beschuldigte Kindsmörderinn, wenn die **Ursachen des Argwohns größer sind, dann die Ursachen der Entschuldigung.** Es konnte also die peinliche Inquisition gar nicht einmal in diesem Fall eintretten, weil kein Kindsmord verübt worden, und kein Argwohn vorhanden war.

Nur alsdann, schreibt **Struben** in seinen rechtlichen Bedenken,

Th. I. n. 31. S. 83.

„sind

„sind die Ursachen des Argwohns größer, wenn „die Inquisiten unglaubliche Dinge vorschützen, „und dafür halte ich die angeführte Entschuldigung „nicht, wenn keine andere Umstände die Hure „verdächtig machen, weil ehelichen Weibern „nicht selten widerfährt, was derselben ihrem „Angeben nach begegnet ist.

Die Entschuldigung der Inquisitin, daß sie ihre Schwangerschaft niemals für richtig gehalten, und daß sie auch ihrer Entbindung nicht bewußt gewesen, war so ziemlich dem Verhalt gemäß, besonders, da nicht die geringste Beobachtung über ihre Gemüthsverfassung angestellt wurde, (welches nach Lehre des *Bonaventura* und *Jacob a S. Georgio* A. 1710. freylich noch nicht Mode war,) woraus man hätte auf ein vorsetzliches Faktum, auf Abtriebsmittel oder eine sonstige Verschlagenheit schließen können.

Es kömmt allerdings die Juristen-Fakultäten immer hart an, wenn sie das widerrechtliche Verfahren der Gerichtsstellen, in peinlichen Fällen, wo ohnehin nicht mehr res integra ist,

syndiciren sollen. Allein, ist es nicht besser, eine Wunde so viel möglich zu heilen, als sie durch mehrere Kränkung des Angeklagten gänzlich unheilbar zu machen?

Wenn wir in diesem Falle nach der Vorlage zu respondiren gehabt hätten, so wäre unsre Meynung dahin gegangen:

„Daß der zur Ungebühr des Kindsmords an„geklagten, und eben so widerrechtlich zur Spe„cial-Inquisition hierüber gezogenen Inquisitin „ihr ausgestandener Arrest in pœnam ihrer wie„derholten Hurerey und sündhaften Vergehens „computirt, 2) und dem Fiscali, der unstatt„haften Anklage halber, seine Ansprüche auf die „Prozeßkosten als hinfällig abgesprochen, die „Gerichtsstelle aber die weitere Inquisitionskosten, „ausschlüßig der Azung (so die Inquisitin auch „außer dem Arrest von dem Ihrigen hätte be„zahlen müssen) zu tragen angehalten werden soll.

Hierdurch wäre doch die Inquisitin vor der infamia geschont, und der Gerechtigkeit in allem Betracht ein Genüge geleistet worden.

§. 16.

§. 16.

Wir glauben unsrer dießfallsigen Meynung kein stärkeres Gewicht geben zu können, als wenn wir dasjenige noch beyfügen, was auch in Ansehung der Bestrafung Quistorp

l. c. I. Th. S. 519.

anführt, da er schreibt:

„Inzwischen pflegt eine Angeschuldigte, „die durch geflissentliche Verheimlichung ihrer „Schwangerschaft und Entbindungszeit, und „daher entstandener Hülflosigkeit zu dem Tode „eines Kindes Anlaß gegeben hatte, wenn sie „gleich den animum occidendi durch die Tor„tur oder durch die Ableistung des Reinigungs„Eides ablehnen sollte, mit dem Staubbesen, „oder zum wenigsten mit der ewigen Landesver„weisung nach Böhmers

ad art. 131. C.C. §. 37.

„oder nach der gegründeten Meynung anderer „Rechtslehrer mit der Verurtheilung zu lebens„wierigen Arbeiten bestraft zu werden,"
mit welchem auch Meister in den angeführ-

ten rechtlichen Erkenntnissen in peinlichen Fällen

Th. 2. decis. 58.

übereinkommt.

Dieser Fall waltete nun in keinem Betracht vor, somit ward das Rechts-Urthel auch ganz unschicklich abgefaßt.

§. 17.

Man betrachte aber auch den weitern Satz, dessen Quistorp

l. c. S. 519.

erwähnt, da er schreibt:

„Sollte auch die Verheimlichung der „Schwangerschaft und der Entbindungszeit zu „dem Tod des neugebohrnen Kindes keinen un„mittelbaren Anlaß gegeben haben, vielmehr „letzteres aus natürlichen Ursachen verstorben „seyn, so ist doch jene des bösen Beyspiels hal„ber gleichwohl mit einem Gefängniß, zum we„nigsten von 14 Tagen, allenfalls bey Wasser „und Brod zu bestrafen: Hätte aber auch die „beschriebene Verheimlichung zu dem Tod eines

„neugebohrnen Kindes unmittelbare Veranlas=
„sung gegeben, so pflegte doch die angeführte
„Strafe sodann wenigstens gemildert zu werden,
„wenn Jugend, Einfalt und schlechte Erziehung
„die Angeschuldigte einigermasen entschuldigen
„konnten.“

Nun ward freylich auf keine Entschuldi=
gungsgründe in dem vorausgesetzten Falle ge=
sehen, und diese Stelle wird unsre Meynung
von der Bestrafungsart, die wir dem Facto an=
gemessen fanden, ziemlich rechtfertigen. Nur
in dem Falle hätten Respondentes auf jene die
Infamie nach sich ziehende Strafe doch mit ei=
nigem Grunde verfallen können, wenn aus dem
Leymuth der Inquisitin, wegen ihrer vorhini=
gen erlittenen Arreststrafe und neuerlichem Ver=
gehen auf eine Gattung von incorrigiblem Le=
benswandel wäre geschlossen worden, ohne sie
als eine Kindsmörderinn zu behandeln, so sie
doch bey einer fünfmonatlichen unvollkommenen
Leibesfrucht nicht seyn konnte.

§. 18.

Die Materie von Kindermörderinnen ist gewiß eine der delicatesten. Vernunft, kluge Beurtheilung, Herzenskenntniß müssen die Richter in derley Vorfallenheiten vor dem Gesetzbuch zur Hand nehmen, sonst wird selten eine passende Entscheidung erfolgen.

Wir haben durch einen unsrer Mitarbeitenden Beweise erhalten, daß in einem Orte 11 Kindsmörderinnen von den berühmtesten teutschen Juristen-Fakultäten zum Schwert ohne Gnade nacheinander condemnirt, an keiner davon aber die Urthel vollzogen worden, weil dem Landesfürsten der überzeugende Beweis gemacht wurde, daß das corpus delicti unter hundert Fällen nicht in einem einzigen hinlänglich, und nur in dem seltensten Falle vollkommen könne erhoben werden.

Man stelle sich nur den Contrast der Leidenschaften und die Größe der Verwirrung vor, in welchem sich eine Weibsperson öfters in dem Zeitpunkt ihrer Entbindung befindet. Wir

wollen

wollen nicht erwähnen, daß es hienieden auch Fälle gebe, wo derley schwach-denkende Menschen durch dringende Umstände gleichsam zu dieser That genöthiget werden. Man betrachte, daß die Furcht, wenn solche mit dem Schmerzen in das Gedränge kommt, öfters eine Person ihres ganzen Bewußtseyns entsetzt. Wie soll sie in einer schnell überfallenden Ohnmacht als Mutter ihre Leibesfrucht erforderlich pflegen können, da sie ihrer selbst unmächtig ist?

Sie mag vor der Entbindung den Satz gehabt haben, ihre Geburt zu tödten; — würde sie solche aber getödtet haben, wenn sie ihrer noch mächtig gewesen? würde sie solche nicht als Mutter gepflegt haben, wenn die Schmerzen es zugelassen hätten? Niemand war bey dem Facto gegenwärtig, der sagen konnte, daß sie das Kind geflissentlich vernachläßiget. Wer kann behaupten, daß sie es in dieser Revolution der Leidenschaften vorsetzlich getödtet? Man hat gefunden, daß sie zur Verheimlichung der Geburt vorhero Anstalten gemacht, kann man also

den Satz feststellen, daß eine Person, die ihr eigenes Kind tödtet, bey dem gesunden Vernunftsgebrauch gewesen sey? Wer will also ein genuines corpus delicti jemals erheben? dann, daß das Kind todt ist, macht noch nicht aus, daß die Mutter solches geflissentlich getödtet habe. — Wer die Verhältniß der Mutter im ganzen Umfange und in dem Zeitpunkt, da sie das Kind getödtet, eingesehen, nur dieser könnte sich versprechen, das corpus delicti gänzlich zu erheben.

§. 19.

Die Todesstrafe ist also nur in dem allerseltensten Falle dem Kindsmord angemessen, weil der Richter immer in Gefahr steht, des reinen Facti vergewissert zu seyn.

Die Gesetze mögen nun noch so gut seyn, so fehlt es hundertmal an der Anwendung. Man muß den Menschen, so man verurtheilt, in allen Zeitpunkten genau kennen, und deßwegen ist es auch für auswärtige Richter hart, in puncto infanticidii Urthelssprüche abzufassen, da die Instruirung des Prozesses und Darstellung des

Faktums von dem Gefühl eines einzigen öfters sehr kurzsichtigen und unerfahrnen Menschen abhängt.

§. 20.

Will man aber durch die Vorkehr der gesetzlichen Strenge gegen den Kindermord nur ein schreckendes Beyspiel erzwingen, und in Erkennung der Todesstrafe deßwegen gefühllos seyn, so ist die Absicht gewiß vereitelt, und in denjenigen Reichen und Provinzen noch weit ehender erreicht, wo man auf die Verheimlichung der Schwangerschaft schon die Todesstrafe gesetzt hat.

Dieses Gesetz schont doch der Menschheit so weit, daß man nicht Unschuldige verurtheilet, dann das freywillige oder erzwungene Geständniß einer Kindsmörderinn, daß sie vor der Niederkunft ihr Kind umzubringen gesinnet gewesen, bestättigt den Vorsatz noch nicht. Vermuthungen sind, wo es um Menschenblut zu thun ist, immer Abentheuer, und von andern Beweisen ist öfters die Zweifelhaftigkeit noch zur Zeit das Resultat, als an der Beschuldigten das Urtheil schon vollzogen worden.

Wir

Wir werden bey einem andern Vorfall, wo die Frage von einem wahrhaft und vorsetzlich verübten Kindsmord entstund, unsre Gedanken über das wahre und etwa einzige Mittel, dem Kindermord vorzubeugen, schicklicher äußern. Befriedigt sind wir mit andern um diesen Gegenstand rühmlichst verdienten Rechtslehrern in so weit, wenn unsere Bemerkungen nur einsweilen einer Betrachtung gewürdiget werden, und jedes Richteramt auf unser dießfallsiges Bedenken, der Regent aber vor Unterzeichnung der Todesstrafe auf beedes hinsehen möge.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Cramer, Johann Ulrich von, 1706-1772

Crameriana Posthuma Oder Auserlesene Sammlung in kurzen Auszügen derer ä
ltern Reichs-Kammergerichtlichen Erkenntnisse, Consultationen, Consilien,
Deductionen, Compromissen [et]c. und besonderen Rechtsentscheidungen der
berühmten teutschen Gerichtshöfen, Universitäten und Rechtsgelehrten aus
Bd.: 2

Augsburg (1786)

J.publ.g. 592 g-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10560748-2
VD18 90120922